U d'/of Ottawa
39003020925557

WILSON & LAFLEUR, Successeurs de C. THEORET

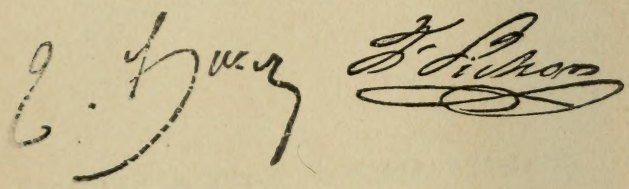
COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

I

Chaque exemplaire doit être revêtu de la signature de l'auteur et de celle de l'éditeur.



PAX 1.1
(Lam)

COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

PAR

THÉOPHILE HUC

Conseiller à la Cour d'appel de Paris,
Professeur honoraire des Facultés de droit.

TOME PREMIER

Publication, Effets et application des lois;
Jouissance et privation des droits civils;— Actes de l'état civil;
Domicile; — Absence.

Art. 1 à 143.

BIBLIOTHÈQUE DE DR
U. d'O.
U of O
LAW LIBRARY

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, ÉDITEUR,

Libraire du Conseil d'Etat et de la Société de législation comparée,

24, RUE SOUFFLOT, 24.

1892

Université d'Ottawa
BIBLIOTHÈQUES
Université d'Ottawa
University of Ottawa
LIBRARIES
University of Ottawa

KSV
1.03
.H83
1893
v.1

PRÉFACE

Des écrits excellents, dont nous n'aurons jamais la prétention d'égaler le mérite, publiés sous la forme de *Traités*, de *Cours* ou de *Commentaire*, ont eu pour objet l'étude plus ou moins approfondie du *Code civil*. Leurs auteurs ont toujours eu une tendance naturelle à limiter exactement leurs investigations aux seules dispositions du Code. Ils ont écarté soigneusement toutes les matières connexes par des renvois aux autres branches de la science du droit, dont ces matières paraissaient dépendre plus directement.

Nous n'avons pas à critiquer un pareil procédé, qui avait d'ailleurs le grand avantage de limiter rigoureusement et de circonscrire un sujet déjà bien vaste. Mais ce procédé a aussi pour résultat de trop isoler le Code civil, et d'en restreindre l'étude à ce que nous pourrions appeler : un Code civil *fermé*.

Or, tel n'est pas le caractère de notre Code; il est

à tous ses aspects, pénétré profondément par toutes les autres branches de la législation :

Le droit administratif,

Le droit constitutionnel,

Le droit pénal,

Le droit fiscal,

La réglementation coloniale, etc.

D'un autre côté, ceux qui ont écrit sur le droit administratif, le droit pénal, le droit commercial, etc., ont eu la même tendance à séparer du Code civil, et à isoler aussi complétement que possible, l'objet particulier de leurs travaux.

Aussi, qu'est-il advenu ? C'est que chaque branche du droit a été étudiée à part, comme si elle était seule. Dans la réalité, cependant, il n'en est pas ainsi : Les diverses parties du droit ne sont pas séparées les unes des autres par des lignes aussi tranchées que celles qui séparent les cases d'un échiquier. Tout se tient dans la législation d'un peuple, et il n'est pas possible de la considérer comme pouvant être découpée à l'emporte-pièce. Pour en bien connaître une partie, il faut étudier avec soin les côtés par lesquels cette partie se trouve en contact avec les autres. Cet aspect a été, jusqu'à ce jour, à peu près négligé par les auteurs. Nous avons voulu essayer du procédé inverse. Telle est la première raison d'être de notre livre.

Par conséquent, à l'occasion de chaque matière, nous étudierons avec soin les relations qui peuvent

exister entre elle et les autres branches du droit. Cela nous fournira l'occasion d'examiner un grand nombre de questions fort importantes dans la pratique, et généralement à peine entrevues. Nous donnerons aussi des indications aussi complètes que possible sur la *législation coloniale*, totalement omise jusqu'à ce jour.

D'un autre côté, une explication de notre Code civil doit, aujourd'hui, être en harmonie avec l'évolution nouvelle qui se prépare dans notre législation.

Depuis les grandes Assemblées de la Révolution, l'initiative parlementaire n'avait jamais librement fonctionné en France, sauf durant l'éclaircie passagère de 1848. La République parlementaire, telle qu'elle fonctionne aujourd'hui, en ne mettant aucune entrave à la libre initiative des sénateurs et des députés, favorise singulièrement, dans la marche du droit, une évolution qui présente un caractère tout particulier.

Les membres du Parlement, étrangers en général, aux traditions romaines et coutumières, et dans tous les cas, fort peu influencés par l'autorité de ces traditions, n'obéissent, dans l'exercice de leur droit d'initiative, qu'aux besoins nouveaux résultant de conditions sociales et économiques nouvelles; ils ont une tendance marquée à élaborer une législation tout à fait indépendante du passé, et destinée à donner satisfaction aux exigences démocratiques de l'époque actuelle.

La préoccupation des intérêts du plus grand nombre, spécialement des catégories de citoyens voués à un travail manuel ou industriel, est la caractéristique de cette tendance. Nous citerons les lois, ou projets de lois sur *la protection de l'enfance*, sur *l'organisation du travail* et sa *réglementation;* sur *le contrat d'apprentissage*, *la propriété des mines*, le contrat *de louage* appliqué au travail ou à l'industrie, les *accidents arrivés durant le travail*, sans parler des autres lois qui ont eu pour objet de modifier certaines dispositions du Code civil.

De quelque manière que s'exerce le droit d'initiative parlementaire; quand même dans certains cas il se traduirait par des propositions singulières ou hasardées, il n'en est pas moins vrai que son fonctionnement, sous l'empire des lois constitutionnelles qui nous régissent, peut être le point de départ d'un droit nouveau, tout à fait étranger à la routine coutumière, et de nature à rajeunir notre législation.

Le Code civil présente un cadre assez élastique pour se prêter aux innovations déjà entrevues.

Mais une interprétation du Code civil, modifié et influencé par les lois nouvelles qui l'ont pénétré, ne peut pas être aujourd'hui ce qu'elle était à l'époque de Toullier ou de Duranton, ni même sous la plume de Demolombe.

Le point de vue n'est plus le même; Domolombe lui-même l'a reconnu. A propos d'une question qui n'avait rien de palpitant, celle de savoir si les étran-

gers peuvent être admis comme témoins dans les actes de l'état civil, il s'écriait en 1860 :

« Nous hésitions, *il y a dix ans*, à proposer cette doctrine; mais dix ans, surtout dans nos sociétés modernes, font bien avancer toutes les questions comme celle-ci, dont la solution subit l'inévitable influence du temps, des mœurs, des développements des relations internationales, et de la civilisation européenne, *usu exigente et humanis necessitatibus* (1) ! »

C'est qu'en effet, les relations entre Français et étrangers deviennent tous les jours plus fréquentes et plus étroites, et tous les jours par conséquent deviennent plus importantes et plus nombreuses les questions de droit international privé. Or, à l'égard de telles questions, les écrits publiés jusqu'à ce jour sur le Code civil ne contiennent à peu près rien. C'est encore une lacune que nous avons voulu combler en faisant connaître, pour toutes les matières sans exception, les principes les plus usuels du droit international privé et les conventions diplomatiques régissant la condition des étrangers en France et celle des Français chez les autres peuples. Nous avons ainsi, dans la mesure du possible, fait entrer le droit international privé dans une théorie du Code civil.

Pour l'exécution d'un tel plan, nous avons consi-

(1) T. I, n° 281.

déré que *la forme* dans laquelle s'est produite l'œuvre elle-même, que l'ordre observé dans la confection du Code, cet ordre fût-il quelquefois défectueux, n'en constituait pas moins ce qu'on pourrait appeler : *la physionomie du Code civil*, qu'il fallait respecter les lignes de cette physionomie, et par conséquent étudier les diverses dispositions du Code dans l'ordre même que ses rédacteurs ont suivi, sauf à s'écarter quelquefois de cet ordre, quand cela paraîtra indispensable.

En procédant ainsi, nous montrerons que les articles du Code civil sont rattachés, presque toujours, l'un à l'autre par un lieu logique, suffisant pour expliquer la place relative qu'ils occupent.

On remarquera, d'ailleurs, que tout en mettant chaque article du Code *en vedette*, de manière à le détacher, *pour l'œil seulement*, du texte ordinaire, nous l'avons en réalité *fondu* dans le discours, dont il forme ainsi une partie intégrante. Nous avons de la sorte fait servir *l'exégèse* à l'élaboration d'une théorie générale sur le Code civil, en d'autres termes, et ce sera, si l'on veut, le côté original de notre œuvre, nous avons voulu publier un *traité* sous la forme d'un *commentaire*.

C'est qu'en effet, malgré les difficultés d'exécution surgissant, pour ainsi dire, à chaque instant, nous avons toujours procédé du connu à l'inconnu, ayant toujours pour objectif, moins l'explication isolée de chaque détail de la loi, que la coordination d'un sys-

tème d'ensemble, d'une théorie générale sur le Code civil.

Pour éviter de donner à une œuvre ainsi conçue des proportions trop étendues, nous avons encore considéré que s'il est un grand nombre de questions nouvelles réclamant certains développements, il y a aussi un grand nombre de vieilles questions sur lesquelles il suffit de constater la solution qui, en définitive, a prévalu. Il faut savoir, en effet, tenir pour closes certaines controverses ; le livre le dernier venu ne doit pas être une récapitulation de tout ce qui a été imprimé antérieurement.

Nous avons accordé une large place à la jurisprudence. Mais dans nos citations, nous nous bornons, en général, à indiquer le dernier arrêt rendu sur la difficulté envisagée, parce que tous les précédents sont soigneusement rapportés dans les *recueils* auxquels nous renvoyons le lecteur ; cela nous a permis de conserver une plus grande place pour le texte.

Pour le même motif, nous n'avons pas cru utile d'appuyer chacune de nos propositions de l'autorité de tous ceux qui ont eu l'occasion d'exprimer une opinion analogue ou semblable. Nous n'avons eu recours à des citations d'auteurs que dans les cas où il nous a paru que le lecteur avait besoin de ce genre d'information.

Enfin, et pour aider autant que possible aux travaux d'érudition et pour faciliter les investigations historiques, nous avons indiqué, au-dessous de

chaque article du Code, tous les textes anciens qui peuvent s'y référer. Nous ne nous sommes pas borné, comme l'on fait certains éditeurs, à copier purement et simplement les annotations données par Dard, en 1827, presque toujours d'après Pothier, nous avons tenu compte des travaux de la critique moderne; nous renvoyons, par conséquent, non seulement aux textes anciens et nouvellement connus du Droit romain, mais encore aux textes du Droit canonique, et souvent à des passages d'écrivains anciens.

Nous pouvons donc affirmer que nos efforts ont eu pour but d'embrasser dans leur ensemble deux éléments corrélatifs et inséparables : La théorie et la pratique.

COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

PROLÉGOMÈNES

§ 1er. — Du droit et de la loi dans le domaine de l'abstraction.

1. — Le droit a pour base l'*égalité*.
2. — L'égalité est la *justice* ou l'*équité*.
3. — L'égalité implique la *liberté*.
4. — La loi doit être faite par la majorité ;
5. — Démonstration.
6. — Le droit formulé en préceptes obligatoires constitue le *droit positif*.
7. — Qu'est-ce que le droit naturel ?
8. — Le droit naturel, autrefois confondu avec la théologie en a été séparé depuis Grotius.
9. — Le droit naturel doit être séparé de la morale. Notion de l'ordre public et de l'ordre moral.
10. — Dans chaque nation le droit positif doit tendre vers l'unité.

1. Le Code civil constitue un ensemble de *lois* ayant pour objet la réglementation des rapports de famille, de propriété et d'obligations.

L'étude de cette réglementation exige ou suppose la connaissance préalable des notions abstraites du *droit* et de la *loi*.

Ce sont ces notions que nous allons d'abord dégager.

Le droit dérive directement de la conscience individuelle.

Il est absolument impossible d'admettre que l'homme ait jamais pu exister à l'état sauvage ou isolé. Jamais il n'a existé ainsi, car il n'a jamais pu avoir une existence organisée contrairement aux lois de sa nature. Il est aussi impossible d'admettre, même par pure hypothèse, que l'homme a d'abord vécu seul, qu'il serait impossible d'admettre que les abeilles, par exemple, ont commencé par vivre isolées, avant de se réunir en société.

L'homme a d'abord conscience de son individualité; il est ensuite obligé de reconnaître chez les autres une individualité ou personnalité absolument semblable et égale à la sienne propre.

Pour chaque homme, le respect, à tous les points de vue, de la personnalité d'autrui est la condition nécessaire du respect de sa propre personnalité.

C'est-à-dire que chaque homme, en tenant compte uniquement des conditions de sa nature, doit contribuer à assurer aux autres un traitement semblable à celui qu'il pourrait réclamer lui-même dans toutes les situations possibles.

L'ensemble des dispositions destinées à procurer et à maintenir cette égalité de rapports constitue le *droit*, lorsque l'observation de ces dispositions peut être assurée par une sanction coercitive, préventive ou répressive.

Le droit a donc pour base l'*égalité*, et cela à un double point de vue :

D'abord à un point de vue *absolu*, c'est-à-dire que dans ses rapports avec la généralité de ses semblables chaque individualité devra obtenir tout ce qui lui est dû, et être traitée comme les autres;

Ensuite au point de vue *relatif*, c'est-à-dire que dans ses rapports particuliers avec un ou plusieurs de ses semblables,

chaque homme peut être assuré qu'il obtiendra un traitement égal à celui qu'il peut légitimement réclamer.

2. L'égalité ainsi entendue, n'est rien autre chose que la *justice :*

Justitia est constans et perpetua volontas jus suum cuique tribuendi (1).

C'est pour cela que, de tout temps, les balances ont été l'attribut symbolique de la justice.

En d'autres termes, l'*égalité*, c'est l'*équité;* ces deux expressions qui ont la même étymologie sont en réalité synonymes.

3. L'égalité implique la liberté.

Toute restriction apportée à la liberté d'un individu ou de certaines catégories d'individus, a en effet pour résultat de détruire l'égalité, en empêchant les victimes de ces restrictions de recevoir soit le même traitement que les autres, soit un traitement égal et semblable à celui qu'elles pourraient réclamer.

L'égalité implique encore la liberté comme condition d'existence. Les hommes doivent être libres pour pouvoir demeurer égaux. En définitive, l'égalité et la liberté se complètent l'une l'autre et sont inséparables ; il n'y a pas de véritable égalité sans liberté, ni de vraie liberté sans égalité.

Le droit a donc pour base l'égalité et la liberté.

4. Les préceptes obligatoires ayant pour objet d'assurer le respect de la liberté et de l'égalité dans tous les rapports possibles, de famille, de propriété, de gouvernement, de religion, etc. formeront ce qu'on appelle la *loi*.

De ce qui précède, il suit : que le pouvoir de faire la loi ne saurait appartenir à un homme quel qu'il soit ou prétende être, ni à une famille, ni à aucune classe d'hommes.

Dans chaque agrégation humaine constituée comme na-

(1) Inst. Just. tit. I, pr.

tion, ce pouvoir ne peut appartenir qu'à la nation elle-même.

Si chaque individu avait la notion claire et précise de ce qui lui est dû, et de ce qu'il doit aux autres; s'il avait, de plus, la *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, il ne serait pas nécessaire de formuler des *lois*. Mais il n'en est pas ainsi; d'ailleurs la lutte des intelligences et des intérêts pourrait faire adopter par chacun une théorie particulière. Ce n'est donc pas la raison individuelle, mais la raison collective qui pourra faire la loi. Cela revient à dire que la majorité fera une loi qui s'imposera à la fois, à la majorité qui l'aura voulue, et à la minorité qui ne l'aura pas voulue.

5. Mais comment concilier ce résultat avec le principe d'égalité et de liberté qui doit servir de base à la loi? Si un homme ne peut imposer sa manière de voir à un autre, comment plusieurs hommes, c'est-à-dire la majorité, peuvent-ils faire une loi obligatoire pour la minorité?

Lorsque sous l'influence d'une communauté d'origine, de mœurs, de croyances, de langage, etc., des hommes se sont groupés de manière à former une nation, ils ont ainsi créé un *intérêt général* distinct de l'intérêt individuel de chacun des membres de la nation. Or, quand il s'agit de donner une formule à cet intérêt général, il est légitime d'adopter la formule proposée par la majorité. La majorité représente alors non pas seulement la somme des individualités qui la composent, mais encore cette abstraction idéale qui s'appelle l'*intérêt général*, comprenant aussi bien, comme facteur, l'intérêt de la minorité que celui de la majorité. Les minorités reconnaissent d'ailleurs qu'il en est ainsi, en prenant part à l'opération législative qui doit avoir pour résultat de dégager la formule de la loi.

Cette opération législative devrait s'effectuer par le concours effectif et direct de tous les membres de l'association. Mais cela n'est pratiquement possible que pour les agglo-

mérations de médiocre importance. Aussi est-il procédé le plus souvent par voie de *délégation*.

6. C'est donc le pouvoir social, expression de la volonté du peuple, qui, dans chaque nation, doit être chargé de manifester le droit et de le formuler en règles précises. Le droit ainsi formulé en préceptes obligatoires prend le nom de *droit positif*.

7. Au *droit positif*, on oppose quelquefois le *droit naturel;* qu'est-ce donc que le *droit naturel ?*

Suivant la définition de Ahrens, « la philosophie du droit, ou le droit naturel, est la science qui expose les premiers principes du droit conçus par la raison et fondés sur la nature de l'homme considéré en lui-même, et dans ses rapports avec l'ordre universel des choses (1). »

C'est, en d'autres termes la recherche de ce que devrait être le droit, en comparant le droit actuel avec un type idéal conçu par la raison et fondé sur la nature de l'homme.

Le droit actuel, le droit tel qu'il est, c'est le *droit positif*.

Le droit tel qu'il devrait être, d'après les améliorations reconnues nécessaires et possibles, voilà le *droit naturel*.

Comme le droit positif n'est pas en général le produit de l'arbitraire; comme il a pour but de réaliser dans le domaine des faits les résultats les plus certains de l'action progressiste de l'esprit humain, il en résulte que le droit positif est, en général, l'expression la plus exacte du droit naturel, sauf à accomplir les réformes dont il paraît susceptible.

Le droit naturel ainsi envisagé et considéré comme source de la législation n'est pas demeuré inconnu des peuples anciens. Il est manifeste qu'il ne s'agit pas du droit naturel que Justinien définissait : *Quod natura omnia animalia docuit*. Mais il s'agit du *jus gentium : quod naturalis ratio*

(1) *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, Leipzig, 1868.

inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peræque custoditur, vocaturque jus gentium quo jure omnes gentes utuntur (1).

Le droit naturel était donc, pour les Romains, le *jus gentium*, ayant ses bases dans la *naturalis ratio*, et l'action du préteur consista précisément à substituer peu à peu aux règles étroites du vieux droit quiritaire, les principes plus larges du droit des gens, du *jus gentium*, c'est-à-dire du droit naturel.

8. Après l'introduction du christianisme, et son triomphe officiel dans l'Empire, l'étude et la culture du droit naturel se confondirent avec ce qu'on appelait le droit divin, et plus tard la théologie.

C'est Grotius qui fut le principal restaurateur du droit naturel, et qui le sépara nettement de toute doctrine théologique. Son livre *De jure belli et pacis*, composé et publié en France, et dédié à Louis XIII a toujours été considéré comme un traité classique de droit naturel.

9. Nous devons mentionner aussi Christian Thomasius, qui publia en Allemagne, en 1688, un traité d'une grande importance scientifique (2), complétant en quelque sorte l'action rénovatrice exercée par Grotius. Grotius avait séparé le droit naturel de la théologie, Thomasius le sépara de la *morale*.

Il ne faut pas confondre en effet le droit soit positif, soit naturel, avec la *morale*.

La morale envisage l'homme dans ses rapports avec lui-même et avec ses semblables. La morale considère les actes humains dans leurs motifs ; elle scrute les intentions du for intérieur. Les obligations de la morale ne sont pas *coercibles;*

(1) *Inst.*, tit. 2, § 1. GAIUS, com. 1, 1.

(2) *Institutiones jurisprudentiæ divinæ, in quibus fondamenta juris naturalis, secundum hypotheses Puffendorfii, demonstrentur.*

il n'existe pas d'autorité extérieure qui puisse en exiger l'accomplissement, elles ne relèvent que de la *conscience.*

Le droit, au contraire, néglige les rapports de l'homme avec lui-même ; il ne s'occupe que des rapports de l'homme avec ses semblables, et même parmi ces rapports, il envisage seulement ceux à l'égard desquels il est possible de concevoir une intervention sociale dont le résultat sera le maintien de l'ordre. L'accomplissement des obligations légales ou juridiques relève des tribunaux.

La notion de *l'ordre* dont nous venons de parler, implique une certaine idée *d'arrangement.* Cependant, en sociologie, l'ordre n'a pas d'existence absolue et indépendante ; c'est un *résultat.*

L'ordre public résultera de la conformité des actes humains aux lois positives. Toute violation d'une loi positive peut donc porter atteinte à l'ordre public.

La liberté impliquant le respect de la liberté d'autrui, implique par conséquent l'ordre public.

La devise de 1830 : *Liberté, ordre public*, présente donc l'expression de deux faces d'une même idée.

L'ordre moral résulte de la conformité des actes de l'homme aux lois de sa nature.

Il n'y a pas et il ne peut pas y avoir d'antagonisme entre le droit et la morale. Mais il est de la plus haute importance de les maintenir dans leurs limites respectives. Si on laisse envahir le domaine de la morale par le droit, c'est-à-dire si on veut appliquer l'idée de sanction ou de coercition à des rapports qui ne le comportent pas, on arrive à scruter les intentions, à établir une véritable inquisition, à organiser le plus intolérable des despotismes. Si on laisse au contraire la morale envahir et démembrer le domaine du droit, s'il y a une tendance dans la législation à remplacer la sanction proprement dite par une simple injonction, on affaiblit la garantie

publique, on détruit l'ordre politique et social, on court vers *l'anarchie*.

10. Le droit positif maintenu dans ses limites légitimes, assurera au contraire l'ordre et la liberté, en faisant respecter l'égalité, c'est-à-dire l'équité, c'est-à-dire la justice.

Le moyen le plus efficace pour obtenir un tel résultat consistera dans *l'unité de législation*.

L'unité de législation existera dans une nation, lorsque toutes les personnes seront régies par les mêmes lois, pour tous leurs rapports possibles, notamment en ce qui touche leur capacité civile et politique.

En d'autres termes, les lois doivent être faites pour tous les membres de la nation; elles doivent être générales et uniformément obligatoires pour tous.

Les lois faites seulement pour une catégorie de personnes, ou restreignant la liberté ou la capacité politique ou civile de certaines classes, violent le principe d'égalité en établissant des *privilèges* (*Privatæ leges*); elles sont une négation permanente de la justice.

Cette nécessité de réaliser l'unité dans la législation, est parfaitement compatible avec la convenance qu'il peut y avoir à respecter certaines habitudes locales pouvant n'être pas les mêmes dans les diverses parties du territoire d'une même nation. On peut donc concevoir la persistance de certaines différences sur des points secondaires pouvant donner lieu à une réglementation de détails qui ne sera pas nécessairement uniforme. L'essentiel, c'est que l'égalité soit respectée, que toutes les individualités aient la même liberté, la même capacité politique et civile.

§ 2. — Du droit et de la loi dans le domaine des faits.

11. — Origine des Gaulois.
12. — Condition des Gaulois dans l'Empire romain.
13. — Introduction du droit romain dans les Gaules.
14. — Invasions barbares; *personnalité* des lois.

15. — Tentatives vers l'unité ; *capitulaires* de Charlemagne.
16. — Etablissement de la féodalité ; *territorialité* des lois, coutumes.
17. — Pays de coutume et pays de droit écrit.
18. — Rédaction des coutumes.
19. — Caractère du droit coutumier ; est-il l'expression d'un droit national antérieur ?
20. — Comment fut faite la rédaction des coutumes.
21. — Les coutumes furent une consécration du passé.
22. — Tentatives nouvelles vers l'unité. Ordonnances des rois de France.
23. — Recueils d'ordonnances.
24. — Louis XIV et Louis XV ; grandes ordonnances.
25. — Influence des Parlements.
26. — La Révolution. La codification et les travaux de la Convention.
27. — Gouvernement consulaire. Rédaction du Code civil.
28. — Abrogation générale de la législation antérieure.
29. — Principes du Code civil.
30. — La codification et l'école historique.

11. Dans le développement historique de la nation française, les faits sont loin d'être en rapport avec la théorie qui vient d'être exposée.

La nation française s'est peu à peu formée par la juxtaposition de l'élément gallique, de l'élément romain, et de l'élément germanique. Il serait donc intéressant de rechercher ce que notre droit national actuel a recueilli dans le droit gallique, dans le droit romain et dans le droit germanique.

Les Gaulois, nos ancêtres, venaient, dit-on, de la Germanie, et parlaient le celtique. On a cherché, de nos jours, à reconstituer péniblement le vieux droit gallique. Mais, sans qu'il soit nécessaire d'examiner la valeur scientifique de ces recherches, on peut affirmer que notre droit actuel, et notamment le Code civil, ne porte aucune trace des vieilles institutions galliques, ces institutions ayant été absorbées ou détruites par la civilisation romaine. La Gaule, en effet, devint province romaine en l'an 50 avant J.-C.

12. Les Gaulois ne furent pas d'abord soumis au droit

romain ; ils gardèrent leur législation propre, et furent déclarés *peregrini*, c'est-à-dire sujets de l'Empire, sans participation au droit civil des Romains. Dans leurs rapports avec les Romains, on leur appliquait les principes du *jus gentium*, et ils étaient justiciables du *prætor peregrinus*. Mais bientôt quelques cités gauloises obtinrent le *jus civitatis*, et enfin, sous Caracalla fut promulguée une constitution qui fit disparaître la condition des *peregrini*, et communiqua aux Gaulois, comme aux autres *barbares*, le titre de citoyen romain. Ce fut une simple mesure financière ayant pour but de faire payer aux individus comme *citoyens*, le vingtième sur les legs et héritages dont ils étaient exempts comme *sujets*. Cette constitution ne s'appliquait probablement qu'aux populations alors soumises à l'Empire, y compris leur postérité, mais non aux populations nouvelles qui pourraient y accéder plus tard. Elle eut pour effet indirect d'étendre singulièrement l'application du droit romain dans les provinces, et par suite, de maintenir ce droit, pendant le moyen âge, dans les pays jadis soumis à l'Empire. C'est ainsi que le droit romain devint la législation prépondérante dans les Gaules.

13. Quand le droit romain s'introduisit pour la première fois dans les Gaules, il n'était pas encore arrivé à ce degré de perfection qu'il obtint plus tard sous Adrien, à l'époque où se place ce qu'on appelle la période classique, mais il ne dut pas moins exercer une grande influence sur les usages et les mœurs des Gaulois. A partir de Caracalla le droit romain dut éclipser le droit national. Il est certain en effet que les monuments du droit romain furent successivement introduits dans les Gaules, et que les recueils privés connus sous le nom de Codes Grégorien et Hœrmogénien exercèrent une certaine influence. Enfin en 438, une constitution de Valentinien III donna force obligatoire au Code Théodosien dans les provinces méridionales encore soumises à l'Empire. Ce même recueil fut accepté comme raison écrite par les autres pro-

vinces. Il en fut de même des compilations de Justinien qui d'abord ne furent en vigueur qu'en Orient. Elles furent promulguées en Italie pendant la courte conquête de Bélisaire et de Narsès et de là elles pénétrèrent dans les Gaules, toujours comme raison écrite.

14. Les Gaulois suivaient donc les principes du droit romain, au moment des invasions barbares. Mais les Barbares, tout en apportant leurs notions particulières sur le *juste* et l'*injuste*, ne cherchèrent pas à établir l'unité dans la législation, et n'imposèrent pas leur droit aux vaincus.

Le régime de la *personnalité des lois*, qui prévalut vers le vr^e^ siècle, constitua le *modus vivendi* paraissant le plus naturel. Les lois furent *personnelles* et non *territoriales;* les Gallo-Romains restèrent régis par la loi romaine, et les vainqueurs par la loi qui leur était propre. Les lois barbares n'étaient dans le principe que des coutumes, mais elles furent rédigées et codifiées dans le but d'en faciliter l'application.

Les principales étaient :

La loi salique,

La loi des Francs-Ripuaires,

La loi des Bourguignons; *Lex gundobada*, loi Gombette;

Celle des Wisigoths, *Forum judicum.*

Les vainqueurs firent de semblables codifications du droit romain pour les vaincus; on peut citer notamment le *Breviarium* promulgué par Alaric, et le *Papien* appelé aussi *Lex romana Burgundiorum*, promulgué par les Burgundes.

15. Sous Charlemagne et ses descendants, la législation conserve encore son caractère personnel, mais toutefois à un degré moindre que sous la dynastie mérovingienne. De remarquables tentatives d'unité furent faites vers cette époque, et la plus considérable fut la publication des *capitulaires* de Charlemagne.

Ces capitulaires étaient obligatoires pour tous les sujets de l'Empire sans distinction, quant aux matières qui y étaient

réglementées ; pour les autres, le principe de la personnalité des lois était maintenu. Les capitulaires furent le lien le plus sérieux qui maintint l'unité politique créée par les premiers Carlovingiens.

16. Après Hugues Capet, la législation civile changea de physionomie sans se rapprocher davantage de l'unité. Les lois barbares disparurent peu à peu, après avoir concouru à la formation de coutumes locales. Les lois cessèrent d'être personnelles pour devenir territoriales. Ce fut la conséquence nécessaire de l'établissement du régime féodal. Ce fut désormais le *domicile* qui détermina la *nationalité* et le droit. Cela était naturel. Le moyen âge fut le règne de la violence et de la brutalité. Les faibles cherchèrent un refuge autour des châteaux forts qui bientôt couvrirent presque toute l'Europe. Ils demandèrent appui aux seigneurs qui les défendirent mais les exploitèrent. Chaque seigneurie avait peu de rapports avec les autres ; l'isolement était de l'essence du régime féodal. Dès lors il y eut presque autant de coutumes que de seigneuries, et on put en compter 400 principales. Ce qui perpétua si longtemps cet effroyable chaos, ce fut l'ambition des seigneurs dont chacun prétendait à la juridiction dans ses domaines. Il faut savoir en effet que le droit de rendre la justice fut considéré comme une *propriété*, ce qu'il ne faut pas confondre avec la *vénalité* et l'*hérédité des charges de judicature*. C'est ce qu'on exprimait par ces mots *les justices étaient patrimoniales*. Cela dura avec quelques modifications jusqu'en 1789; quand on fit disparaître la patrimonialité des justices, les privilégiés résistèrent, et prétendirent qu'on portait atteinte au droit de propriété!

17. Cependant les coutumes d'origine germanique, n'envahirent pas d'une manière égale le sol de la France. Le midi profondément pénétré par les traditions romaines, résista, et conserva le droit romain. Il faut noter toutefois, que le Code Théodosien et le Bréviaire d'Alaric furent peu à peu aban-

donnés et finalement transformés en coutumes et conservés sous cette forme, grâce probablement à l'influence de la constitution de Caracalla. Les travaux les plus récents (1) tendent à justifier l'opinion de Savigny sur la persistance limitée du droit romain du VIe au XIIe siècle. Ce que les juristes connaissaient du droit romain se réduisait à l'ensemble des notions forcément incorrectes et incomplètes qui se transmettaient par la pratique dans les collèges de juges et les corporations des notaires. Mais à partir d'Irnérius il y eut comme une renaissance. Ce fut alors la législation non promulguée de Justinien qui l'emporta et fut enseignée dans les universités. Les pays du midi où le droit romain fut appliqué formèrent les *pays de droit écrit*, et les autres plus au nord formèrent les *pays coutumiers*.

Mais même dans les pays de droit coutumier, le droit romain était appliqué comme législation supplémentaire pour les matières non réglées par la coutume. Quelques coutumes contenaient même une déclaration formelle à cet égard.

A cette époque remonte la division des *statuts* en statuts réels et statuts personnels suivant qu'ils concernaient directement la *propriété* des terres ou la *capacité* des personnes. Le statut personnel de son domicile suivait partout le voyageur français. Nous reviendrons d'ailleurs sur ce point.

Les coutumes et le droit romain se partageaient donc le sol de la France ; ce qui avait surtout recommandé le droit romain, ce qui lui donnait partout une singulière autorité, c'était non seulement sa supériorité scientifique et pratique, mais surtout cette circonstance qu'il était *écrit*, tandis que le droit coutumier ne l'était pas. Aussi quand il y avait lieu de juger un procès, il fallait d'abord constater la coutume de-

(1) J. Flach, *Etudes critiques sur l'hist. du dr. romain au moyen âge*, 1890.

vant le juge de la localité, et quelquefois devant le juge d'appel qui pouvait se trouver fort éloigné. Si devant le juge d'appel les parties contestaient la conformité du jugement au droit coutumier, il fallait en venir aux enquêtes *par tourbes*. Aussi ne tarda-t-on pas à comprendre la nécessité de constater par écrit le droit coutumier, et dès le commencement du XIIe siècle, nous voyons des jurisconsultes, n'ayant d'ailleurs aucun caractère public, composer des recueils de coutumes. Mais cela ne suffisait pas, et comme les coutumes étaient devenues incertaines, et ne pouvaient faire loi que par l'autorité du prince, il fut décidé qu'elles seraient rédigées par écrit en vertu de l'autorité du roi et du consentement de trois Etats des provinces.

18. Ce fut d'abord Charles VII qui, par une ordonnance de 1453 (art. 125), voulut que toutes les coutumes du royaume fussent rédigées par écrit après avoir été constatées par les praticiens de chaque pays, pour être ensuite examinées et accordées par le Grand Conseil et le Parlement.

Il fallut plus d'un siècle pour cette rédaction. Mais on ne tarda pas à s'apercevoir (1580) que cette rédaction contenait des fautes et présentait des omissions considérables, et qu'une réforme était nécessaire. On réforma en conséquence plusieurs coutumes en attendant qu'on pût les refondre toutes ensemble pour en former une seule appelée à devenir la loi générale de tout le royaume. C'est qu'en effet, et à plusieurs reprises, les rois de France avaient entrevu les immenses avantages que présenterait l'unité de législation. Chopin, dans sa dissertation sur les préceptes communs des coutumes de France, rapporte que Louis XI voulait réunir en un seul corps de droit les diverses coutumes de la France et en faire une loi unique, obligatoire pour tous les sujets (1).

(1) *De communibus gallicarum consuetudinum libellus*, pars IIa, n° 5, cité par M. Ginouilhac, *Hist. gén. du dr. franc.*, n° 399, p. 681.

Commines raconte aussi que Louis XI désirait fort qu'en son royaume on n'usât que d'une seule coutume, d'un seul poids et d'une seule mesure, et que toutes les coutumes fussent mises en français *en un beau livre*.

Les coutumes ayant été rédigées par écrit, on en compta plus de soixante qui étaient générales et environ trois cents qui étaient locales, sans parler d'une foule d'*usages locaux* qui ne furent pas rédigés. Il fut admis que la coutume de Paris serait appliquée comme loi générale chaque fois qu'il y aurait quelque lacune dans une autre coutume.

A partir de la rédaction des coutumes, *la coutume* cessa d'être un droit non écrit, dérivant absolument de l'usage; elle devint un droit écrit ayant force de loi dans la province pour laquelle elle avait été faite. Cependant les coutumes ne furent pas appelées *droit écrit;* cette dénomination fut conservée au droit romain. Mais il n'en pouvait résulter aucune équivoque; en effet, les règles de droit qui étaient observées quoique non écrites, constituaient ce qu'on appelait *les usages*, et lorsque les usages étaient rédigés par écrit, on les appelait *coutumes*.

19. Le droit coutumier était-il véritablement l'expression d'un droit national préexistant? La négative ne peut faire aucun doute; mais on peut tout au moins affirmer qu'il était : « le véritable droit commun des pays de coutume, et son existence comme tel est reconnue dès le XIIIe siècle par nos plus célèbres jurisconsultes, et par nos rois eux-mêmes (1). » — Quant au droit romain, « s'il n'avait pas pour toute la France l'autorité de droit commun, fait observer M. Ginouilhac, il avait cette autorité dans les provinces où, sous une forme ou sous une autre, lois ou coutumes, il s'était toujours conservé, et que l'on avait, par ce motif, appelé les pays de droit écrit (2). » — « Le droit romain, dit encore

(1) GINOUILHAC, *loc. cit.*, n° 399.
(2) *Ibid.*, n° 398.

M. Ginouilhac, était appliqué comme droit supplétif, tout au moins par les Parlements, à l'exception de quelques textes non reçus en France, et une grande controverse s'était même élevée entre nos anciens jurisconsultes et nos magistrats sur le point de savoir si le droit romain n'était pas le droit commun de la France des pays de coutume aussi bien que des pays de droit écrit (1). » On trouvera dans l'ouvrage si exact et si complet du savant auteur d'intéressants détails sur cette controverse.

Le fait même de cette controverse prouve qu'il n'existait pas, à proprement parler, de *droit national* à cette époque où l'unité française, à peu près réalisée au point de vue politique, était encore en voie de formation à d'autres points de vue. Pour l'élément gallo-romain, qui était le facteur le plus important de la nation française, le droit romain pouvait être considéré comme national; pour l'élément gallo-germanique au contraire, le droit coutumier pouvait plutôt réclamer ce caractère, mais en définitive ni l'un ni l'autre ne le possédaient d'une manière générale et commune. Le droit coutumier n'aurait pu d'ailleurs prétendre à un tel caractère, car il était incomplet et ne pouvait se suffire à lui-même. Nous devons noter, en effet, une importante remarque de Guy Coquille, ainsi résumée par Dupin : « La coutume de Nivernais, non plus que les autres coutumes, ne s'occupe pas des contrats (c'est-à-dire des obligations en général), restés dans *le droit commun et naturel* (c'est-à-dire le droit romain). Elles traitent seulement des matières où *le droit positif* avait éprouvé des modifications par suite de la conquête, du changement de domination, et de la transformation des institutions politiques et sociales, principalement par l'introduction de la féodalité (2). »

(1) *Loc. cit.*, n° 396.
(2) *Coutume du Nivernais*, édit. DUPIN, *prolégomènes*, p. 82.

20. Nous devons remarquer en outre, que, même pour les matières dont il s'occupe, le droit coutumier en prenant une forme précise et concrète dans la rédaction des coutumes, a certainement beaucoup perdu de son caractère original primitif. Les vieux auteurs français qui ont écrit sur le droit coutumier, sont en effet unanimes pour affirmer que les coutumes ne tirent pas leur origine des mœurs et des lois des premiers Français, mais des lois particulières faites par chaque seigneur selon ses propres intérêts.

« Il était impossible, dit Bretonnier dans sa préface sur Henrys, que des seigneurs qui avaient des intérêts si opposés, et qui étaient presque toujours en guerre les uns contre les autres, ne fissent des lois contraires; ils affectaient même de le faire, afin de mettre de la diversité et de l'opposition entre leurs sujets. »

Chopin, parlant de dispositions souvent injustes et odieuses qu'on rencontre dans quelques coutumes, en attribue la faute aux officiers des lieux qui, étant chargés du soin de dresser les cahiers, y inséraient des articles convenables à leur intérêt et à celui de leurs amis.

Mornac affirme que l'on a laissé plusieurs choses obscures dans les coutumes, et que souvent cela s'est fait à dessein.

Au point de vue scientifique, la rédaction des coutumes fut faite avec le même arbitraire. Ainsi, le premier président du Parlement de Paris, Lizet, qui fut nommé commissaire pour assister à la rédaction de la coutume du Berry, en 1539, fit pénétrer dans cette coutume l'esprit du droit romain, quoique le Berry, enclavé au milieu des provinces coutumières, n'en eût auparavant aucune teinture. Au contraire, un autre premier président du Parlement de Paris, Lemaistre, ne souffrit pas que les principes du droit romain exerçassent une influence sur les coutumes à la rédaction desquelles il assista en qualité de commissaire.

21. Au point de vue social, la rédaction des coutumes a

constitué un *temps d'arrêt* sous l'empire d'ailleurs permanent de l'oppression, du privilège et de l'injustice, mais non un progrès. Voici en effet comment s'exprime à cet égard le procureur général Dupin, après avoir dépeint l'état lamentable des campagnes : « Les coutumes n'ont pas créé *à priori* ce triste état de choses; elles ont servi seulement à le constater tel qu'il existait par l'usage. Rédigées dans chaque province comme autant de Codes de lois, après tant de violences exercées, tant d'usurpations consommées, tant d'exactions commises, tant d'horribles *faits accomplis*, elles ont, au moment où elles furent enfin fixées par écrit, formé un *temps d'arrêt*. Elles ont enregistré le passé; ELLES L'ONT, IL EST VRAI, CONSACRÉ, mais du moins, elles l'ont empêché dorénavant de s'accroître, et de s'aggraver (1). »

Les coutumes ont consacré le passé, voilà la vérité; elles ont donné à l'oppression sur la terre et les personnes une force plus grande par le prestige d'une sorte de légalité nouvelle. Elles continuèrent à régir, jusqu'à leur abrogation partielle ou totale par les lois révolutionnaires et par celle du 30 ventôse an XII, chacune son territoire, les personnes qui y étaient domiciliées et les biens qui y étaient situés (2).

22. Avant l'établissement des coutumes, et pendant la durée de la dynastie carlovingienne, ce fut le principe de la *personnalité* des lois qui fut le principal obstacle à l'unité de législation. Pendant la période suivante, et à partir de l'établissement du régime féodal, ce fut au contraire le principe de la *territorialité* des lois, c'est-à-dire la formation des coutumes locales, qui devint le grand obstacle à cette même unité. Dans cette période, comme dans la précédente, on rencontre cependant des lois générales, obligatoires pour tous les Français sans distinction de domicile, de même que

(1) *Coutume du Nivernais*, introduction, p. v.
(2) V. GINOUILHAC, *loc. cit.*, n° 406.

les *capitulaires* de la dynastie carlovingienne étaient obligatoires pour tous les sujets de l'empire, sans distinction de nationalité.

Ces lois générales furent les constitutions des rois de France.

On appelait spécialement *ordonnance*, une constitution générale, provoquée soit par les *remontrances* d'une compagnie de magistrats, soit par les *doléances* des particuliers, soit surtout par les réclamations des États généraux, et quelquefois des États provinciaux.

Un *édit* est une constitution également générale, mais promulguée par le roi de son propre mouvement, *motu proprio;*

Enfin on appelait *déclaration* une constitution également générale, mais se bornant à interpréter ou modifier sur quelque point une constitution antérieure.

Les *lettres patentes* n'avaient pas une portée générale; elles étaient relatives à un intérêt individuel, accordant, par exemple, une concession, un privilège, une faveur.

Ce fut donc au moyen d'*édits* ou ordonnances que les rois de France cherchèrent à se rapprocher de l'unité législative.

23. Il y eut dès lors, en France, une nouvelle source du droit écrit, et des jurisconsultes publièrent des recueils d'ordonnances, notamment vers le XVIe siècle. Les idées de codification ne devaient pas, dès lors, tarder à se faire jour, et plusieurs ordonnances des rois de France prescrivirent la confection de *recueils* ou la préparation d'ordonnances générales qui pouvaient passer pour de véritables codes. Mais il ne faut pas s'y tromper : ce n'est pas l'unité de la législation civile qui fut principalement recherchée par les rois, mais bien plutôt l'unité dans le droit public et administratif. Cependant ces tentatives ne furent pas perdues, même pour le droit civil, et en voici l'exemple le plus remarquable :

Les États généraux de Blois, tenus en 1576, réclamèrent une révision et une rédaction unique des ordonnances. Il ne

s'agissait, il est vrai, que des ordonnances ayant trait à l'administration financière et à la justice, mais voici ce qui en résulta :

Henri III, en conséquence du vœu des États généraux, décida par son ordonnance de 1579, que des « *personnages compétents* » seraient commis à l'effet de réduire par ordre, en un volume, les ordonnances antérieures trouvées utiles et nécessaires. Barnabé Brisson fut chargé de ce soin et rédigea en conséquence un projet imprimé, sous ce titre : *Code du roi Henri III.* Le plan adopté par Brisson était imité des Codes de Théodose et de Justinien, et avait trait surtout aux matières concernant le droit public et l'administration. Mais Brisson y avait cependant inséré quelques matières spéciales, par exemple : les secondes noces, les mariages clandestins, les dots et les donations. Les calamités qui signalèrent la fin du XVIe siècle rendirent impossible la révision et la promulgation de ce Code qui, par conséquent, n'eut jamais d'autre caractère que celui d'une œuvre privée.

La pensée de Henri III fut reprise par Henri IV; le jurisconsulte Charondas fut chargé de revoir le projet de Brisson et d'y employer « *ses principaux labeurs* ». L'œuvre de Charondas, qui était destinée à devenir la loi générale du royaume, ne put pas être sanctionnée par l'autorité royale. On pensait en effet qu'elle ne pouvait être convertie en code qu'après avoir été discutée et arrêtée par les Parlements. Or les troubles de la Ligue rendirent cette communication presque impossible.

24. Sous Louis XIV, l'idée de réaliser l'unité dans la législation se manifesta sous une autre forme. Au lieu d'y procéder par la confection d'un Code général au moyen de la refonte des anciennes ordonnances, on réglementa séparément les principales matières. Le titre d'honneur du chancelier Seguier est d'avoir activement coopéré à la rédaction de ces ordonnances.

Les principales furent :

L'ordonnance d'avril 1667 concernant la procédure civile;

Celle d'août 1670 concernant le droit criminel et la procédure criminelle;

Celle de mars 1673 relative au commerce.

Sous Louis XV, d'Aguesseau continua les traditions du chancelier Seguier, et plusieurs ordonnances fort importantes furent publiées, notamment celle de 1731 sur les donations, d'août 1735 sur les testaments, et de 1771 sur les hypothèques.

Ces ordonnances firent faire un grand pas vers l'unité, sans cependant la réaliser. D'abord elles portaient seulement sur quelques parties du droit privé et non sur l'ensemble qui demeurait toujours régi par la coutume; mais même quant aux matières ainsi réglementées, l'unité n'était pas toujours réalisée à cause de l'obstination des Parlements.

25. Les ordonnances des rois n'étaient en effet considérées comme exécutoires dans le ressort d'un Parlement que lorsqu'elles avaient été vérifiées et enregistrées par le Parlement lui-même. Or, les ordonnances précitées de Louis XIV et de Louis XV furent enregistrées, dans les divers Parlements, sous des réserves qui ne portaient pas toujours sur les mêmes articles; de sorte que tel article de l'ordonnance était reçu dans une province et ne l'était pas dans une autre.

Enfin l'abus des *arrêts de règlement* faisait que les ordonnances n'étaient pas observées avec le même esprit dans les diverses provinces.

26. La Révolution qui avait pour but de fonder le règne de la *justice* sur la suppression des *privilèges*, pouvait seule réaliser l'unité législative au moyen d'une loi générale faite dans l'intérêt de toute la nation, et non pas seulement dans l'intérêt d'une caste.

En conséquence, la constitution du 14 septembre 1791

ordonna la confection d'un Code des lois civiles commun à tout le royaume.

Mais l'Assemblée législative ne sut pas trouver le moyen de réaliser cette promesse.

L'honneur de s'être occupé sérieusement de la confection d'un Code des lois civiles revient à la Convention.

La commission de législation fut chargée de préparer le travail. Le 9 août 1793, le représentant Cambacérès, au nom d'une commission dont il était l'organe, présenta un projet de Code civil. Ce projet n'obtint pas l'assentiment de l'Assemblée qui le trouva trop empreint des anciennes idées. En conséquence une commission de philosophes fut chargée de préparer un nouveau projet.

Après le 9 thermidor on fit un nouvel essai sans résultat, on décréta seulement quelques articles d'un nouveau projet que Cambacérès, toujours comme rapporteur d'une commission, avait présenté le 23 fructidor an II.

Sous le Directoire, un troisième projet, concordant en grande partie avec celui de 1793 fut soumis par Cambacérès, organe d'une commission, au Conseil des Cinq-cents; mais l'entreprise fut encore impossible à réaliser à cause surtout des rapports devenus de plus en plus difficiles entre le Conseil des Anciens et le Conseil des Cinq-cents.

27. Après le 18 brumaire, Cambacérès demeurant ministre de la justice, l'œuvre de la codification devait naturellement être reprise. La loi du 19 brumaire an VIII, annonça en effet dans son art. 14, la prochaine publication d'un Code des lois civiles. Le premier Consul comprit que le meilleur moyen de consolider son pouvoir était la réalisation de cette grande promesse de la Révolution. Le travail avait déjà été préparé par la Convention; Cambacérès, devenu second consul, en possédait tous les éléments comme ancien rapporteur des projets élaborés au sein de la grande assemblée, la confection d'un Code pouvait donc marcher rapidement.

Un arrêté des consuls du 24 thermidor an VIII nomma une commission chargée de rédiger un avant-projet de Code civil.

L'avant-projet, terminé en quatre mois, fut imprimé et communiqué au tribunal de cassation et à tous les tribunaux d'appel. Les observations qui résultèrent de ces communications furent imprimées comme l'avant-projet et la discussion commença suivant les formes tracées par la Constitution du 22 frimaire an VIII, et dont tous les auteurs qui ont écrit sur l'ensemble du Code civil ont donné une description détaillée.

28. Les trente-six lois qui sortirent de cette discussion furent ensuite réunies sous le titre de *Code civil des Français,* par la loi du 30 ventôse an XII (30 mars 1804).

Cette loi contient, dans son art. 7, la disposition suivante :

« A compter du jour où le Code civil sera exécutoire, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cesseront d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent Code. »

Cette abrogation générale ne concerne que la législation antérieure à 1789; il suffit qu'une matière soit traitée dans le Code, même d'une manière pouvant paraître incomplète, pour que le droit ancien, concernant la même matière, soit complétement abrogé. Quant aux matières de droit privé, non traitées dans le Code civil, il résulte du texte précité que l'ancien droit est conservé quant à ces matières. Or, toutes les matières de droit privé semblent avoir été traitées dans le Code civil; donc la précision qui vient d'être faite, purement théorique, manquerait en réalité d'objet. Il n'y a de difficulté en effet que pour l'emphytéose et la superficie; mais il est permis de soutenir que ces droits réels sont implicitement *traités* dans le Code civil, quoique leur nom ne soit pas prononcé.

29. La France fut enfin dotée d'un Code civil dont la valeur

a pu être contestée à certains points de vue, mais qui n'en demeure pas moins une œuvre remarquable, digne du respect des jurisconsultes et des patriotes.

Il faut reconnaître en effet que le Code civil repose sur des principes qui contiennent en quelque sorte le résumé des conquêtes de la Révolution dans l'ordre civil; ces principes sont les suivants :

1° L'égalité des Français devant la loi;

2° L'indépendance absolue du droit civil à l'égard des croyances religieuses;

3° La protection par la loi de la liberté individuelle;

4° La garantie de l'inviolabilité de la propriété dans toutes ses formes;

5° La prohibition des conventions particulières tendant à établir d'une manière permanente l'inégalité des fortunes;

6° La prohibition des conventions tendant à détruire ou à restreindre la liberté individuelle, et celle du travail, du commerce ou de l'industrie.

Il est certain que l'insertion de ces principes dans un Code devait les mettre à l'abri de toute tentative de réaction.

C'est surtout pour ce motif que la codification a été si fortement combattue par l'école historique allemande.

30. Selon l'école historique, en effet, le droit se forme et se développe au sein du peuple sous l'empire des besoins de la vie pratique, tels qu'ils sont sentis par le peuple et à l'aide des moyens que le peuple admet pour leur donner satisfaction. C'est donc la *coutume*, essentiellement *variable*, et par accident, *progressive* qui forme en quelque sorte la vie du droit.

L'école historique aboutit ainsi à la justification de tout ce qui a été, par le motif que cela a été; à la glorification et à la restauration du passé, au besoin par la force et par l'exercice du droit de conquête; elle ne reconnaît pas l'initiative progressiste du législateur; elle combat la codifica-

tion, parce que la codification est la meilleure des garanties contre un retour vers le passé.

Mais un Code n'est pas le produit arbitraire et spontané d'une pensée législatrice en travail de réglementation. Un Code résume dans son texte les résultats acquis par le travail de la raison dans les siècles passés. Il est nécessairement, au moment de sa promulgation, l'expression à peu près exacte des besoins de l'époque et des conquêtes réalisées sur la période antérieure. Nos Codes ont en outre un avantage pratique incontestable, celui de diminuer les procès par le fait seul de leur puissante unité. Leur seul inconvénient est, dit-on, de fixer pendant longtemps la science dans un moule qui peut être défectueux. Mais cela n'est pas exact; un Code n'empêche pas l'élaboration scientifique de continuer toujours par les travaux des jurisconsultes et des publicistes, par l'étude et l'appréciation des faits économiques et sociologiques nouveaux ou envisagés sous des aspects nouveaux, jusqu'à ce que ces travaux aient démontré la nécessité de procéder à une révision de l'œuvre législative.

Il est donc permis d'affirmer que la codification, chez tous les peuples, se présente comme une condition de la marche en avant de la civilisation, c'est-à-dire du progrès.

TITRE PRÉLIMINAIRE.

DE LA PUBLICATION, DES EFFETS ET DE L'APPLICATION DES LOIS EN GÉNÉRAL.

---

§ 1er. — De la formation de la loi.

31. — Notion générale sur le fonctionnement du pouvoir législatif : de l'initiative parlementaire.
32. — Ce qu'était la sanction de la loi.
33. — Rôle du Sénat et de la Chambre des députés dans la confection des lois.
34. — Des lois de finances ; — Pouvoir réglementaire.
35. — Art. 1er du Code civil.
36. — De la promulgation.
37. — Date de la loi.
38. — De la publication de la loi.
39. — De l'insertion au *Journal officiel* et au *Bulletin des lois*.
40. — De la distinction entre la *promulgation* et la *publication* des lois.
41. — Des conventions diplomatiques.
42. — Des décrets et arrêtés.
43. — De la promulgation et de la publication des lois en Algérie ;
44. — *Id.* dans les Antilles et autres colonies.
45. — De la loi votée et non encore promulguée.
46. — Effets hors du territoire français d'une loi promulguée en France.

31. La loi est un précepte obligatoire résultant d'une déclaration de la volonté des représentants de la nation, sur un objet d'intérêt commun et de régime intérieur.

Ce sont les lois constitutionnelles qui règlent la manière

dont les lois doivent être faites, c'est-à-dire le fonctionnement du pouvoir législatif.

Sous le régime monarchique, le pouvoir législatif était exercé par deux Chambres et par le monarque.

L'*initiative parlementaire*, c'est-à-dire le droit de proposer un projet de loi, ou un projet d'amendement, appartenait ou n'appartenait pas aux députés, selon les constitutions.

32. Lorsque la constitution reconnaissait aux députés le droit d'initiative, ou même seulement le droit d'amendement, le *roi* ou monarque devait donner sa *sanction* à la loi régulièrement votée.

Mais le mot sanction était pris dans un sens spécial.

En général, on entend par *sanction* une disposition présentant le plus souvent un caractère pénal, et qui a pour objet d'assurer l'exécution d'une loi. Ainsi, l'art. 4, C. civ., donne l'exemple d'une sanction de ce genre. Au contraire, l'art. 30, C. d'instr. crim., donne l'exemple d'une disposition dépourvue de sanction, c'est-à-dire dont la violation ne donne lieu à aucune peine.

Mais lorsque certaines constitutions autrefois en vigueur parlaient de la sanction donnée à la loi par le chef du pouvoir exécutif, cette expression présentait un autre sens tout différent. La sanction du chef du pouvoir exécutif n'est rien autre chose que l'adhésion donnée par lui au projet de loi, déjà voté par le Corps législatif, et dont l'initiative avait pu être prise par un député, ou qui avait pu être amendé si l'initiative avait été prise par le gouvernement. La sanction était en définitive le vote de la loi par le pouvoir exécutif.

Il est à peine nécessaire de faire remarquer que la sanction n'avait aucune raison d'être sous une constitution telle que la dernière constitution impériale, qui n'accordait l'initiative des lois qu'à l'Empereur, et neutralisait le droit d'amendement.

33. Aujourd'hui, d'après la constitution républicaine qui nous régit, le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées, la Chambre des députés et le Sénat (L. des 25 et 28 février 1875, art. 2).

D'après l'art. 8 de la loi du 24 février 1875 sur l'organisation du Sénat, le Sénat a, concurremment avec la Chambre des députés, l'initiative et la confection des lois. L'initiative de la loi appartient également au Président de la République.

Les projets peuvent être présentés en premier lieu soit à l'une, soit à l'autre Chambre. Un projet n'est transformé en loi qu'autant qu'il a été voté par les deux Chambres ; — il faut donc, pour que la loi existe, que celle des deux Chambres qui est saisie en dernier lieu d'un projet, adopte sans modification le texte même déjà adopté par l'autre Chambre.

34. Les lois de finances doivent cependant être présentées en premier lieu à la Chambre des députés et votées par elle.

La question s'est alors élevée de savoir si le Sénat avait, pour ces lois, le droit d'amendement qui lui appartient sans contestation pour les autres. La difficulté a fait l'objet de débats animés à la Chambre et au Sénat (1). Il semble résulter des textes et des traditions que le Sénat ne pourrait que repousser la loi tout entière sans pouvoir l'amender. Cependant l'opinion favorable aux prétentions du Sénat a prévalu. Par esprit de conciliation, la Chambre a partagé cette manière de voir en adoptant quelques-uns des crédits rétablis par le Sénat. Il arrive souvent qu'une loi doit être complétée par une *réglementation* à laquelle il ne peut être procédé dans une assemblée délibérante. Le pouvoir exécutif est chargé d'y pourvoir par un *règlement d'administration publique*, en vertu d'une sorte de délégation législative. C'est ce qu'on appelle l'exercice du *pouvoir réglementaire*. Un

(1) V. pour le Sénat, *Journal officiel*, séances des 19 et 21 décembre 1876 ; pour la Chambre des députés, séance du 28 décembre 1876.

règlement rendu en vertu d'une telle délégation ne peut être modifié que par un décret rendu dans les mêmes formes (1).

35. La loi étant ainsi faite et complétée, comment devient-elle exécutoire?

L'art. 1er du C. C. répond à cette question; nous conservons le texte de l'édition du 30 août 1816, quoiqu'il ne soit pas en harmonie avec les institutions actuelles :

ART. 1er. Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par le roi.

Elles seront exécutées dans chaque partie du royaume, du moment où la promulgation en pourra être connue.

La promulgation faite par le roi sera réputée connue, dans le département de la résidence royale un jour après celui de la promulgation, et dans chacun des autres départements, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix myriamètres (environ vingt lieues anciennes), entre la ville où la promulgation en aura été faite, et le chef-lieu de chaque département (*).

Pour qu'une loi soit exécutoire, il faut donc :

1° Que la loi soit promulguée;

2° Que la promulgation de la loi soit connue, ou réputée connue.

36. D'après l'art. 3 de la loi du 25 février 1875, « le Président de la République promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les deux Chambres; il en surveille et en assure l'exécution. »

La promulgation de la loi est donc un acte du pouvoir exécutif. Par cet acte, le Président de la République atteste officiellement l'existence constitutionnelle de la loi, et certifie la parfaite exactitude du texte. Le même acte contient un ordre virtuel de publication de la loi, afin que les citoyens puissent connaître les dispositions qui, désormais, doivent être observées.

L'art. 7 de la loi du 18 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics, dispose :

(*) Art. 1. L. 9, C. 1, 14 (*De legibus*) ; *Novell.* 66, cap. 1.

(1) Cons. d'État, 21 décembre 1888, D. 90, 3, 28 et la note.

« Le Président de la République promulgue les lois, dans le mois qui suit la transmission au gouvernement de la loi définitivement adoptée. Il doit promulguer dans les trois jours les lois dont la promulgation, par un vote exprès dans l'une et l'autre Chambre, aura été déclarée urgente. Dans le délai fixé pour la promulgation, le Président de la République peut, par un message motivé, demander aux deux Chambres une nouvelle délibération qui ne peut être refusée. »

Il peut donc s'écouler un délai assez long avant que la loi devienne obligatoire; il faut en effet tenir compte d'abord d'un premier délai entre la date du dernier vote d'adoption de la loi, et la date de la promulgation; et ensuite de l'augmentation dont ce délai peut être susceptible pour que la loi devienne obligatoire. De sorte qu'il faut distinguer trois situations bien différentes :

1° Date du dernier vote adoptant un projet de loi; la loi est votée, mais n'est pas encore promulguée;

2° Date de la promulgation; dès ce moment la loi existe, elle est *exécutoire;*

3° Date de l'expiration d'un délai quelconque pour que la loi soit réputée connue; à partir de ce moment, la loi devient *obligatoire.*

37. Dans ces conditions, quelle est celle de ces trois dates qu'il convient d'attribuer à une loi promulguée?

La difficulté devrait trouver sa solution dans le *décret qui règle la formule de promulgation des lois;* or ce décret est ainsi conçu :

« A l'avenir les lois sont promulguées dans la forme suivante : — Le Sénat et la Chambre des députés ont adopté, le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit (texte de la loi). La présente loi délibérée et adoptée par le Sénat et la Chambre des députés, sera exécutée comme loi de l'Etat. »

On remarquera que ce décret ne fait pas mention, dans la

formule de promulgation de la loi, de la date du dernier vote législatif émané soit du Sénat soit de la Chambre des députés. Or, les décrets de promulgation reproduisant seulement le texte de la loi promulguée, sans indiquer la date du dernier vote législatif, il en résulte qu'en fait, la loi n'a plus d'autre date que celle du décret même de promulgation.

La régularité de cette pratique a été vivement contestée, parce qu'elle semble donner à la promulgation un caractère *législatif*, analogue à celui qu'avait la *sanction* sous le régime monarchique, et par conséquent peu en harmonie avec nos institutions actuelles et la vérité constitutionnelle (1). — Mais cela n'est pas exact. La promulgation, qui n'a aucun rapport avec la *sanction*, est un acte du pouvoir exécutif; c'est de plus un acte forcé, et le Président de la République ne peut se refuser à la promulgation d'un texte législatif qui lui a été régulièrement transmis. Mais ce texte ne devient une loi que par le fait même de la promulgation, car c'est la promulgation qui lui confère l'authenticité. Il n'y a donc pas d'inconvénient à ce qu'une loi porte la date du jour où elle a commencé à exister d'une manière authentique et certaine; il serait même singulier qu'elle pût porter une date antérieure à sa naissance authentique. Cela n'empêche pas qu'il serait bon que le décret de promulgation indiquât la date du dernier vote législatif, uniquement pour faciliter les recherches dans le *Journal officiel*.

La loi ne s'est pas d'ailleurs préoccupé de la date du dernier vote législatif. La promulgation doit en effet avoir lieu dans le mois ou dans les trois jours *qui suivent la transmission au gouvernement de la loi définitivement adoptée* (L. 18 juillet 1875, art. 7). C'est donc la date de cette transmission qui fait courir le délai d'un mois ou de trois jours, selon

(1) V. notam. Ducrocq, *De la formule actuelle*, etc., *Revue générale du dr.*, janvier-février 1877.

les cas, et non la date du dernier vote. Le retard apporté par les présidents du Sénat ou de la Chambre dans la transmission d'une *loi votée*, ou par le chef du pouvoir exécutif dans la promulgation d'une loi transmise serait de nature à engager devant les Chambres la responsabilité de celui à qui un tel retard serait imputable.

Le chef de l'État doit donc promulguer toute loi transmise dans les délais fixés par la loi, sauf la faculté qui lui appartient de provoquer une nouvelle délibération. La promulgation devrait avoir lieu dans les délais ordinaires, quand même la mise en vigueur de la loi serait subordonnée à une condition suspensive (1).

38. La loi rendue exécutoire par la promulgation, ne deviendra obligatoire que par le fait de la *publication*. La publication est le mode employé pour déterminer le moment précis où une loi sera censée connue de tous les citoyens. En effet, aujourd'hui, suivant l'art. 1er du Code civil, la publication résultera de l'expiration d'un certain délai, variable suivant les distances, à partir de la promulgation.

L'important était donc, en pareille matière, de fixer d'une manière invariable le point de départ du délai après lequel la loi serait réputée connue. Les divers changements politiques intervenus depuis la promulgation du Code, ont créé sur ce point des difficultés d'exécution dont la narration uniforme, et aujourd'hui sans intérêt, se trouve partout. Nous ne voulons donc parler que de la législation actuelle :

L'ordonnance du 27 novembre 1816, décida que la promulgation des lois et ordonnances ne serait parfaite que par leur insertion, avec la formule de promulgation, dans le *Bulletin des lois;* que le délai après lequel la promulgation serait réputée connue, courrait du jour où le numéro du bulletin contenant la loi ou l'ordonnance serait reçue de l'imprimerie

(1) Cass. 5 novembre 1885, S. 87, 1, 233 et la note.

royale au ministère de la justice, la date de la réception étant constatée sur un registre spécial. Enfin que lorsque le pouvoir exécutif jugerait à propos d'ordonner l'exécution immédiate d'une loi ou ordonnance, cette loi ou ordonnance serait obligatoire dans chaque département du jour où elle serait parvenue au préfet, lequel devait alors mentionner sur un registre spécial la date de sa réception. Le préfet devait en outre, d'après une ordonnance du 18 janvier 1817 prendre en pareil cas un arrêté ordonnant l'impression et l'affichage de la loi.

L'ordonnance de 1816 restée en vigueur jusqu'à la chute du second Empire, a été alors modifiée.

Un décret du 5 novembre 1870 du gouvernement de la Défense nationale, dispose : « Dorénavant la promulgation des lois et des décrets résultera de leur insertion au *Journal officiel* de la République française, lequel à cet égard remplacera le *Bulletin des lois.* » Néanmoins, d'après un *erratum* porté au *Journal officiel*, « le *Bulletin des lois* continuera à être publié, et l'insertion qui y sera faite des actes non insérés au *Journal officiel* en opérera promulgation. »

D'après l'art. 2 : « Les lois et les décrets seront obligatoires, à Paris, un jour franc après la promulgation, et partout ailleurs dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le *Journal officiel* qui les contient sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement. Le gouvernement par une disposition spéciale pourra ordonner l'exécution immédiate d'un décret. »

Aux termes de l'art. 3 : « Les préfets et sous-préfets prendront les mesures nécessaires pour que les actes législatifs soient imprimés et affichés partout où besoin sera. »

Enfin, dit l'art. 4 : « Les tribunaux et les autorités administratives et militaires pourront, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contreve-

nants, si la contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs à partir de la promulgation (1). »

39. Il suit de cette réglementation que le délai après lequel la promulgation des lois et décrets est réputée connue, varie suivant que l'insertion a eu lieu au *Journal officiel* ou au *Bulletin des lois*. Dans le premier cas, la loi ou le décret est obligatoire dans le lieu où siège le gouvernement un jour franc après la promulgation, et partout ailleurs, dans chaque arrondissement, un jour franc après la réception au chef-lieu de cet arrondissement du numéro du *Journal officiel* dans lequel l'insertion a eu lieu. Dans le second cas, la loi ou le décret reste, quant à sa force obligatoire, régi par l'art. 1er du Code civil, et l'ordonnance du 27 novembre 1816.

Mais il convient de remarquer que par l'effet du décret du 5 novembre 1870, le *Journal officiel* est devenu l'instrument unique de promulgation pour les décrets de la délégation gouvernementale de Tours ayant le caractère de lois. Par conséquent, tout décret ayant un caractère législatif qui n'aurait pas été textuellement inséré, mais seulement énoncé par extrait dans le *Journal officiel*, serait dépourvu de force obligatoire ; peu importerait qu'il eut été inséré au *Bulletin des lois*, cette insertion ne pouvant valoir promulgation quant aux actes d'intérêt public, ayant caractère et force de loi (2) ; mais cette insertion au *Bulletin des lois* vaut promulgation pour les décrets ayant simplement le caractère d'actes d'administration publique (3).

40. Théoriquement, il existe entre la *promulgation* et la *publication* des lois une différence profonde qui empêche de les confondre. La promulgation a pour objet l'attestation officielle de l'existence d'un texte législatif avec ordre de

(1) V. Fauvel, *De la promulg.* etc., *Revue critique*, 1872-1873, p. 723.

(2) Cass. 23 janv. 1872, S. 72, 1, 80.

(3) Cass. 8 avril 1874, S. 74, 1, 258.

le faire exécuter. La publication a, au contraire, pour objet la détermination du moment précis où la loi est réputée connue de tous et par conséquent obligatoire. Or, c'est toujours la date de la promulgation qui sert de point de départ au délai (quelconque) après lequel la loi sera censée connue de tout le monde. A ce point de vue, la promulgation constitue l'un des éléments de la publication. Il n'est donc pas surprenant que les auteurs, et même ceux qui ont concouru à la rédaction du Code civil, aient souvent confondu la promulgation et la publication (1). Les deux actes, dont le second se produit comme la conséquence nécessaire et voulue du premier, paraissent en effet se combiner dans une opération unique produisant des effets multiples.

Mais malgré cela, la différence n'existe pas moins, et la Cour de cassation l'a mise en relief dans les motifs d'un arrêt qu'il est intéressant de reproduire :

« Attendu, dit la Cour, que la promulgation est l'acte par lequel le souverain donne l'ordre de faire exécuter une loi, un décret ou une ordonnance; que cet ordre pour devenir obligatoire ayant besoin d'être porté à la connaissance des citoyens, c'est-à-dire publié, il y a lieu de distinguer entre la promulgation qui n'est qu'un acte de la volonté souveraine, et la publication qui donne à cette volonté la force obligatoire; qu'avant le décret rendu le 5 novembre 1870 par le gouvernement de la Défense nationale; la publication résultait de l'insertion au *Bulletin des lois*, mais que cette insertion n'était qu'un mode de publication qui, usité dans la plupart des cas, pouvait valablement être remplacé par un autre; qu'ainsi le souverain pouvait, aux termes des ordonnances du 27 novembre 1816 et 18 janvier 1817, envoyer directement et en cas d'urgence au préfet d'un département les lois, décrets ou ordonnances avec ordre de les faire imprimer et afficher

(1) V. Laurent, *Principes de dr. civ.*, t. I, nos 11 et 12.

dans sa circonscription administrative, et substituer par là à la fiction légale de la publicité résultant de l'insertion au *Bulletin des lois* une publicité réelle et plus efficace (1). » Un autre arrêt de la Cour de cassation rendu toutes chambres réunies a confirmé ce système (2).

Il pourra arriver que la différence qui vient d'être signalée apparaisse extérieurement, et que dans certains cas, rares il est vrai, la publication se détache nettement de la promulgation.

Il en sera ainsi, lorsque la mise en vigueur d'une loi se trouvera retardée par une condition suspensive. Ainsi, par exemple, une loi du 15 janvier 1884, relative à la pêche dans les mers du Nord, avait pour objet le répression de certains faits. Mais il était dit, dans l'art. 24, que l'exécution de la loi était suspendue, *tant que les autres puissances signataires de la convention de 1882, n'auraient pas, elles aussi, établi des peines de nature à la sanctionner.*

Il est certain qu'une telle restriction ne pouvait mettre aucun obstacle à la *promulgation* de la loi, c'est-à-dire à l'attestation officielle de l'existence de cette loi. Mais l'événement incertain envisagé par cette loi, ne pouvait venir de lui-même à la connaissance des intéressés ; donc si la *promulgation* était complète, la *publication* ne l'était pas ; il fallait donc une publication spéciale émanée du gouvernement français. Dans quelle forme devait se produire cette publication? De ce que la *promulgation* ne peut résulter que d'une insertion au *Journal officiel* ou au *Bulletin des lois*, on avait cru pouvoir soutenir que la *publication*, dans le cas spécial examiné, ne pouvait pareillement résulter que d'une insertion au *Journal officiel* ou au *Bulletin des lois*. C'était, croyons-nous, confondre les règles de la promulgation et celles de la publi-

(1) Cass. 6 fév. 1874, S. 74, 1, 281 et la note.
(2) Cass. 22 juin 1874, S. 74, 1, 336 et la note.

cation, et c'est avec raison que la Cour de cassation, appliquant d'ailleurs les principes qu'elle avait déjà affirmés, a décidé qu'en pareille hypothèse, et en l'absence de toute disposition légale sur ce cas particulier, la publication spéciale de l'échéance résultant des termes de la loi d'ailleurs promulguée du 15 janvier 1884, pouvait être faite valablement en conformité des prescriptions générales de l'avis du Conseil d'État du 25 prairial an XIII, c'est-à-dire : « par affiches, notifications ou significations ou envoi faits et ordonnés par les fonctionnaires publics chargés de l'exécution (1). »

La publication se détachera encore nettement de la promulgation chaque fois qu'il s'agira d'une loi ne pouvant devenir exécutoire ou plutôt obligatoire, qu'au moyen d'un règlement ultérieur d'administration publique. Ainsi, la Cour de cassation a reconnu que les dispositions de la loi du 27 mai 1885 relatives à la relégation des récidivistes ne pouvaient devenir exécutoires qu'à partir de la promulgation du règlement d'administration publique prévu par l'art. 18 de la loi, alors que les dispositions relatives à la suppression de la surveillance de la haute police et à l'organisation de l'interdiction de séjour dans certaines localités, qui la remplace, étaient devenues exécutoires à partir de la promulgation même de la loi (2).

41. Les traités et conventions diplomatiques conclus entre le gouvernement français et les gouvernements étrangers ne sont pas de simples actes administratifs et d'exécution, ils ont le caractère de lois, et par conséquent ils sont promulgués et publiés dans la même forme que les lois ordinaires, et toutes les fois que des contestations ayant pour objet des intérêts privés s'élèveront à leur occasion, leur interprétation et application appartiendra aux autorités chargées d'ap-

(1) Cass. 5 novembre 1885, S. 87, 1, 233. V. *note et renvois.*
(2) Cass. 3 septembre 1885, S. 86, 1, 288.

pliquer toutes les lois dans l'ordre de leurs attributions (1).

42. Pour les décrets réglementaires et les arrêtés émanés des autorités locales, il ne saurait être question de promulgation, mais seulement de publication. Ainsi, à l'occasion de l'octroi, il a été jugé que la loi ne prescrit point un mode de publication spécial et obligatoire pour les règlements d'octroi. Il suffit que ces règlements votés par le Conseil municipal et approuvés par le Conseil général aient été rendus publics et portés à la connaissance des contrevenants par une voie quelconque (2).

43. Les règles ci-dessus exposées ne concernent que la France continentale; elles ne sont applicables ni à l'Algérie, ni aux colonies.

En ce qui concerne l'Algérie, le fait seul de la conquête a eu pour résultat d'y rendre le Code civil exécutoire, sans promulgation spéciale. Il faut en dire autant de toutes les lois françaises antérieures à l'ordonnance du 1er septembre 1834 qui a réglé, pour l'avenir, le mode de publication des lois en Algérie.

A partir de cette date, les lois de la métropole n'ont pu devenir exécutoires en Algérie qu'en vertu d'une promulgation spéciale. Cependant les lois qui ont eu seulement pour objet de modifier d'autres lois en vigueur antérieurement à cette date ou déjà rendues exécutoires en Algérie, n'ont pas besoin pour être elles-mêmes exécutoires d'une promulgation spéciale. Il suit de là que toute modification législative apportée à une disposition du Code civil sera de plein droit exécutoire en Algérie sans qu'une promulgation spéciale soit nécessaire. Tous ces points ont été bien souvent recon-

(1) Cass. 24 juin 1839, S. 39, 1, 577; Cass. 11 août 1841, S. 41, 1, 848; Cass. 27 juillet 1877, S. 77, 1, 485 *et les renvois*.

(2) Paris, 4 juin 1881, S. 81, 2, 143; voir note sous Cass. 8 fév. 1878, S. 79, 1, 331.

nus par la Cour de cassation qui n'a jamais varié à cet égard (1).

L'ordonnance précitée du 1er septembre 1834 a été depuis confirmée par une ordonnance du 16 avril 1845 et les arrêtés gouvernementaux des 14 janvier 1861 et 27 décembre 1876. Il en résulte que les lois, décrets et arrêtés ne deviennent exécutoires en Algérie que par la publication spéciale qui en est faite au *Bulletin officiel des actes du gouvernement.* Sont dispensées de cette publication, les lois de douane, celles relatives aux monnaies françaises et étrangères, aux armées de terre et de mer, et aux traités internationaux.

La distinction que nous avons établie plus haut entre la promulgation et la publication trouve naturellement son application en Algérie. La loi du 26 juillet 1873 relative à l'établissement et à la conservation de la propriété en Algérie offre un exemple remarquable des cas où la publication se détache nettement de la promulgation; l'art. 31 de cette loi est en effet ainsi conçu.

« La présente loi ne sera provisoirement appliquée qu'à la région du Tell algérien, délimitée au plan annexé au décret du 26 février 1873 sur les circonscriptions cantonales. — En dehors du Tell, des décrets spéciaux détermineront successivement les territoires où elle deviendra exécutoire. »

44. Les colonies proprement dites et principalement la Martinique, la Guadeloupe et la Réunion, sont en ce qui touche la promulgation et la publication des lois, placées sous le régime créé par un décret du 15 janvier 1853 et le sénatus-consulte du 3 mai 1854. Les lois de la métropole ne sont exécutoires aux colonies que lorsqu'elles y ont été légalement promulguées. Cette promulgation ne peut être faite

(1) V. Cass. 23 juillet 1888, S. 88, 1, 407; Cass. 7 mars 1877; 23 mars 1887, S. 87, 1, 265; Cass. 27 mai 1886; 15 juillet 1886, S. 86, 1, 288; Cass. 5 novembre 1884, S. 85, 1, 265; Alger, 23 avril 1884, S. 85, 2, 23 etc., avec les notes et renvois.

que lorsque le pouvoir législatif a lui-même prescrit que la loi de la métropole serait étendue aux colonies. Il n'appartient donc pas aux gouverneurs de rendre eux-mêmes exécutoires aux colonies, par un arrêté de promulgation émané de leur seule initiative, un acte législatif créé pour le territoire continental (1).

La forme de la publication des lois aux colonies est déterminée par l'art. 5 du décret du 15 janvier 1853, ainsi conçu : « Les lois, décrets et arrêtés promulgués dans les colonies sont exécutoires : 1° au chef-lieu, le jour de leur publication dans le *Journal officiel;* 2° pour les autres localités, dans les délais qui seront déterminés proportionnellement aux distances par des arrêtés du gouverneur. Là où il n'existe ni imprimerie ni journaux, le mode de publication est déterminé par le gouverneur. — En cas d'urgence, les gouverneurs peuvent abréger les délais ordinaires par une déclaration spéciale d'urgence (2). »

Enfin, la publication intégrale des textes législatifs déjà publiés en France n'est pas indispensable. L'arrêté de promulgation portant que le texte obligatoire sera celui qui résulte de telle loi sera suffisant. C'est à l'autorité locale chargée de la promulgation, qu'il appartient de décider si les actes, déjà publiés en France, doivent être l'objet, dans la colonie, d'une nouvelle publication (3).

Ces règles sont applicables à toutes les colonies en général, sauf à tenir compte des dispositions spéciales à une colonie déterminée, et qui peuvent être différentes. Ainsi pour la Nouvelle-Calédonie, le décret du 12 décembre 1874, article 72 § 1, décide que le gouverneur promulgue les lois,

(1) Cass. 27 septembre 1850, D. *Répert.*, v° *Organisation des colonies*, n° 68.

(2) Cass. 30 novembre 1864, D. 65, 186 (plusieurs arrêts du même jour).

(3) Cass. 20 juin 1888, S. 90, 1, 393.

ordonnances, décrets et arrêtés qui doivent recevoir leur exécution dans la colonie; que la promulgation résulte de l'inscription des actes dans la feuille officielle, et que ces actes sont exécutoires au chef-lieu, *à compter du lendemain de cette insertion*. Il en est de même pour la Cochinchine (1).

Quelquefois une loi nouvelle contiendra elle-même une règle spéciale pour sa propre exécution. Ainsi la loi du 27 mars 1883 portant organisation de juridiction française en Tunisie, porte (art. 19), qu'elle sera exécutoire dans les trois jours après son insertion dans le *Journal officiel* du gouvernement tunisien.

Le Code civil a été déclaré applicable aux diverses colonies par des décisions spéciales; il faut seulement remarquer que les Musulmans de l'Inde et de l'Algérie ont conservé leur législation nationale. Pour la Cochinchine les titres préliminaire, I et III du 1er livre du Code civil ont été déclarés applicables; le titre II a été remplacé par un décret spécial, et les autres titres du 1er livre par un Précis de législation annamite (2).

45. Une loi votée, mais non promulguée ni publiée, n'a donc nulle part, en France, d'autorité légale. Elle n'en a pas davantage lorsqu'elle a été seulement promulguée mais non encore publiée. Sans doute les particuliers profitant de la connaissance de fait qu'ils peuvent avoir d'une loi promulguée et non encore publiée peuvent s'en approprier les dispositions, mais les conventions qui pourront intervenir entre eux sur ce point, vaudront en vertu de la liberté du consentement et non en vertu d'une loi qui n'existe pas encore.

Lorsque la loi existe, les intéressés peuvent s'en prévaloir, et il a été jugé que le fait de conclure, pour la première fois, en appel à l'application d'une loi qui n'était pas encore promulguée au moment de la prononciation du jugement, ne

(1) Décr. 3 octobre 1883, art. 4; conf. Décr. du 14 janv. 1865.
(2) *Ibid.*, art. 3.

constitue pas une demande nouvelle, mais seulement un moyen nouveau qui est recevable (1).

46. Il va sans dire que la promulgation et la publication des lois ne peuvent s'accomplir que sur le territoire soumis à la souveraineté française; mais leurs effets peuvent être plus étendus; ainsi les faits punissables commis sur un navire portant le pavillon français étant réputés commis sur le territoire français, la loi française leur est applicable, sans qu'il y ait à rechercher si cette loi a été ou non promulguée dans la colonie d'où le prévenu est originaire (2). Bien plus, les lois promulguées et publiées en France peuvent atteindre, même à l'étranger, les personnes qui ont des intérêts régis par la loi française. Il est manifeste, par exemple, qu'un étranger qui réclame du gouvernement français le paiement d'une créance frappée de déchéance par application d'une loi française prescrivant un délai pour la réclamation, ne peut se prévaloir, pour repousser cette déchéance, de ce que cette loi n'aurait pas été promulguée dans le pays auquel il appartient (3).

Si un étranger ne peut se prévaloir de cette absence forcée de promulgation dans un pays qui n'est pas soumis à la loi française, à plus forte raison doit-il en être de même des Français résidant en pays étranger. Mais si ces Français et ces étrangers ne peuvent alléguer la présomption d'ignorance de la loi qui résulterait de la non promulgation dans le pays étranger qu'ils habitent, ne pourraient-ils pas, tout au moins, être admis à prouver qu'en fait ils ont ignoré l'existence de la loi?

Il y a eu sur ce point quelques difficultés dans la doctrine. Certains auteurs ont admis que la présomption légale de

(1) Cass. 7 mars 1881, S. 83, 1, 197.
(2) Cass. 11 fév. 1881, S. 82, 1, 433 et la note.
(3) Cons. d'Etat, 14 novembre 1884, S. 86, 3, 36.

l'art. 1er en ce qui touche la connaissance de la loi, *n'est pas nécessairement exclusive de la preuve contraire*, et qu'elle doit être limitée au territoire français et expirer sur la frontière (1). Cette solution aurait pour résultat de soustraire à l'empire de la loi française, tous les intérêts français représentés par des personnes, étrangères ou françaises peu importe, résidant en pays étrangers, comme aussi de frapper d'impuissance toutes les lois édictées à l'égard des Français se trouvant en pays étranger. Or, cela est contraire au but final de la promulgation et de la publication des lois. La loi promulguée et publiée sur le territoire français, et elle ne peut pas l'être ailleurs, est censée connue de tous ceux qui ont intérêt à la connaître, où qu'ils se trouvent; la loi devient donc obligatoire pour eux; ils ne pourront sous prétexte d'ignorance se soustraire aux déchéances ou aux obligations qu'elle impose. Mais, dans la matière des contrats, la solution que nous venons d'adopter n'empêchera pas les parties qui auraient traité dans l'ignorance de la loi, d'invoquer l'erreur de droit comme elles peuvent invoquer l'erreur de fait (2).

§ 2. — De l'abrogation de la loi. — Du droit non écrit.

47. — Notion de l'abrogation.
48. — *Quid* en cas d'occupation d'un territoire français par une armée ennemie ?
49. — La désuétude ou l'usage contraire ne peuvent entraîner l'abrogation de la loi.
50. — Conséquences de la doctrine contraire.
51. — Du droit non écrit ; usages locaux.
52. — La violation d'un usage donne-t-elle ouverture à cassation ?
53. — *Quid* à l'égard du droit musulman en Algérie et dans l'Inde ?

47. Les lois régulièrement promulguées et publiées conservent une autorité tant qu'elles existent, et elles existent tant qu'elles n'ont pas été détruites par une loi contraire.

(1) V. Demolombe, t. I, n° 29.
(2) Laurent, t. I, n° 24.

La destruction ou anéantissement d'une loi par une autre loi, constitue l'*abrogation*.

L'abrogation est *expresse* ou *tacite* suivant qu'elle résulte d'une déclaration formelle du législateur, ou de l'incompatibilité qui existe entre les dispositions d'une loi nouvelle et celles d'une loi ancienne. On admet, en cette matière, qu'une loi spéciale n'est jamais tacitement abrogée par une loi générale.

Une loi n'est jamais abrogée par la disparition des motifs qui l'ont fait édicter. Par conséquent, une loi ou un décret ne cesse pas d'être en vigueur parce que les circonstances au milieu ou en vue desquelles la loi ou le décret a été rendu, cessent d'exister ; il faut une abrogation résultant d'une loi nouvelle ou d'un nouveau décret (1).

La nouvelle loi ou le nouveau décret doivent émaner régulièrement de l'autorité à qui appartient le droit de faire la loi ou le décret ; une circulaire ministérielle affranchissant de toutes poursuites, dans certains cas et moyennant certaines conditions, ceux qui auraient contrevenu à une loi, ne dispenserait pas les tribunaux d'appliquer les peines voulues par cette loi (2).

48. On ne saurait voir un cas d'abrogation tacite, ni même de suspension temporaire de la loi, dans le fait de l'occupation matérielle d'une partie du territoire français par une armée ennemie. Une telle occupation n'ayant qu'un caractère temporaire n'empêche pas la partie occupée d'être régie par les lois françaises, et ces lois n'ont nul besoin, après la remise de l'administration aux autorités françaises, d'une promulgation ou publication nouvelle pour être réputées connues et exécutoires (3). L'abrogation des lois du pays envahi ne

(1) Cass. 4 avril 1887, S. 89, 1, 317.

(2) Cass. 28 juillet 1814, *Bull. crim.*

(3) Metz, 28 juillet 1871, S. 72, 2, 34 et la note ; Nancy, 27 août 1872, S. 73, 215. V. renvois et autorités citées en note.

pourrait résulter que de la cession du territoire, ou d'une conquête définitivement consommée.

49. On s'est demandé si les lois pouvaient être abrogées par la désuétude ou l'usage contraire.

D'après l'école historique et principalement l'école historique allemande, c'est la coutume qui est le fondement essentiel du droit (ci-dessus, n° 30). Donc, lorsque le souverain croit devoir réglementer un point quelconque, il doit se borner à constater et à sanctionner la coutume préexistante sur ce point.

Mais comme la *coutume* a pu se modifier elle-même soit en étendant, soit en restreignant, soit même en détruisant l'application d'une règle qu'elle avait d'abord admise, il semble en résulter que la *coutume* puisse pareillement finir par étendre, restreindre ou même détruire l'application d'une règle qui aurait été revêtue de la forme législative.

Le vice de cette opinion consiste à confondre la *variabilité* essentielle de la coutume avec l'abrogation proprement dite.

Lorsque la *coutume* se modifie elle-même quant aux points qui n'ont pas fait l'objet d'une réglementation législative, la coutume n'abroge rien : elle change, et c'est tout; elle passe successivement par les phases diverses de l'évolution qui lui est propre; mais elle demeure impuissante en présence du droit *promulgué*.

La promulgation d'une loi a précisément pour but et pour effet de soustraire désormais à l'empire de la coutume la matière réglementée par cette loi. La coutume ne peut donc jamais modifier une loi, moins encore la détruire. Cette vérité s'impose avec tant d'autorité, qu'on en trouve quelquefois l'affirmation dans des propositions qui semblaient vouloir la nier. Ainsi nous lisons dans les motifs d'un arrêt : « Attendu qui si l'usage peut, dans certains cas, modifier la loi et même la détruire (!), c'est à la condition que cet usage soit constant, général et accepté par *les parties contractantes, comme une*

convention consentie expressément (1) ; » ce qui revient à dire, heureusement, que ce n'est pas l'usage qui dans l'ordre des intérêts privés, pourra modifier une loi, mais seulement la libre convention des parties.

50. La doctrine contraire pourrait produire d'incroyables conséquences. Supposons, par exemple, que, dans la pratique, on ait pris l'habitude de négliger, durant une très longue période, l'accomplissement de formalités prescrites dans certains cas à peine de nullité, et que d'autre part, les parties qui auraient pu demander la nullité aient également négligé de le faire. Cette double négligence pourrait-elle entraîner l'abrogation, par désuétude, de la prescription légale ayant trait à la formalité omise ?

Si on admettait l'affirmative, il en résulterait cette monstruosité que les derniers vis-à-vis de qui la formalité prescrite a été omise, se verraient enlever l'action en nullité à laquelle ils ont droit, parce que la nombreuse série des autres particuliers qui avaient eu le droit de produire une action semblable aurait jugé à propos de demeurer dans l'inaction ! De sorte que la négligence des premiers à défendre leur droit aurait eu pour résultat de détruire ce droit chez les derniers lésés qui n'ont rien à se reprocher, puisqu'ils se sont levés pour défendre leur droit aussitôt qu'il a été méconnu (2).

De même l'inaction apparente de l'autorité quant à l'application constante d'une loi, ne saurait entraîner l'abrogation de cette loi. Cette inaction peut s'expliquer en effet par des considérations de prudence, de politique, etc., et le pouvoir exécutif conserve toujours le droit de remettre la loi à exécution lorsqu'il le juge convenable.

Reconnaissons donc que la désuétude ne peut jamais

(1) Douai, 22 mars 1886, S. 88, 2, 147.

(2) V. sur ce point notre dissertation : *Droits du pouvoir exécutif en ce qui concerne l'exécution des lois*, 1880.

résulter soit de la négligence, soit de l'impuissance d'agir de l'autorité, soit de la désobéissance des assujettis, et que les juges sous prétexte de désuédude ne peuvent se dispenser d'appliquer la loi (1).

51. Les lois proprement dites, les règlements d'administration publique, les décrets, arrêtés, etc., forment un *droit écrit*. Peut-on encore aujourd'hui reconnaître en France l'existence d'un droit *non écrit?*

L'affirmative n'est pas douteuse; dans un certain nombre de cas spéciaux, le juge est autorisé à fonder ses décisions sur des coutumes ou usages locaux. V. art. 590, 591, 593, 663, 671, 1135, 1159, 1648, 1736, 1753, 1754, 1758, 1759, 1762, 1766.

Ces usages locaux constituent un droit *non écrit*. On dit quelquefois que ces usages sont *consacrés par une loi;* cette formule paraît équivoque : l'usage essentiellement variable et susceptible de se transformer lui-même, n'est pas, à proprement parler, *consacré* par la loi ; le juge est seulement autorisé à en tenir compte, dans certains cas, après l'avoir constaté. La constatation et la déclaration d'un usage ne peuvent donc appartenir qu'aux juges du fond (2).

52. La violation alléguée d'un usage reconnu peut-elle donner ouverture à cassation? La Cour suprême a décidé que : la violation d'un simple usage, *qui n'est pas consacré par une loi*, ne peut donner ouverture à cassation (3). Certains auteurs ont tiré de cette décision, par argument *a contrario*, la conséquence que la violation d'un usage *consacré par la loi* pouvait être un moyen de cassation (4). Mais la Cour de cassation s'est exprimée depuis dans des termes qui ne permettent pas cette interprétation : Attendu, lisons-nous

(1) Cass. 27 fév. 1875, *Bull. crim.*, n° 76.
(2) Cass. 23 fév. 1814 ; 24 juillet 1860, S. 60, 1, 857.
(3) Cass. 14 août 1817, S. 18, 1, 29.
(4) V. Demolombe, t. I, n° 33.

dans un arrêt, qu'un usage, *quel qu'il soit*, ne peut être considéré comme une loi dont la violation doive entraîner la cassation (1). On a cependant proposé un tempérament pour le cas où un usage est invoqué à l'effet de paralyser l'application d'un texte du Code civil (2). Mais dans ce cas le pourvoi aura plutôt pour objet la violation d'un texte du Code, que la violation d'un usage.

53. Les mêmes difficultés peuvent se présenter à l'égard du droit musulman en tant qu'il est appliqué en Algérie ou dans l'Inde française aux sujets français, en vertu des prescriptions de la loi française. Faut-il considérer le droit musulman comme devant être assimilé au droit français écrit, en telle sorte que la violation du droit musulman donne lieu à cassation?

La Cour de cassation répond affirmativement *si la violation du droit est certaine et démontrée* (3), et négativement, *si le pourvoi allègue uniquement des opinions de jurisconsultes* (4). C'est tout simplement proclamer l'arbitraire. Nous pensons que le droit musulman est maintenu en Algérie et dans l'Inde française au même titre que les usages auxquels se réfèrent certains textes du Code civil; qu'il appartient aux juges du fond de constater ce droit, et que la prétendue violation de ce droit ne saurait donner ouverture à cassation. Il pourra arriver, sans doute, qu'après avoir constaté le droit, le juge du fond, voulant l'appliquer à l'espèce qui lui est soumise, rende une décision susceptible d'être déférée à la Cour de cassation. Mais ce sera pour défaut de motifs, ou défaut de concordance entre les motifs et le dispositif, etc., mais non pour violation d'une disposition de la loi musulmane.

(1) Cass. 2 juillet 1844, S. 44, 1, 667.

(2) V. Conclusions du ministère public sur le pourvoi ayant donné lieu à l'arrêt de la C. de cass. 18 fév. 1884, S. 85, 1, 205.

(3) Cass. 26 décembre 1881, S. 82, 1, 265.

(4) Cass. 25 mars 1873, S. 73, 1, 333.

§ 3. — Des effets et de l'application de la loi dans le domaine du temps.

a) *Généralités.*

54. — Art. 2 du C. C. La loi n'a pas d'effet rétroactif.
55. — Application aux lois pénales.
56. — Application aux lois politiques.
57. — Application aux lois civiles.
58. — Notion précise de la rétroactivité d'une loi.
59. — Règles à formuler sur ce point.
60. — Distinction entre le droit (acquis) et l'intérêt.
61. — Mission qui en résulte pour le juge.

54. Lorsqu'une loi est devenue obligatoire, la première question qui se présente à l'esprit est celle de savoir quelle est l'étendue de son empire dans le domaine du temps; est-elle appelée à régir seulement l'avenir, ou peut-elle aussi étendre son empire sur le passé? Nous ne parlons pas du présent qui n'est qu'un point de séparation entre le passé et l'avenir.

L'art. 2 du Code civil est ainsi conçu :

ART. 2. La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif (*).

La question doit être examinée dans son application :

1° Aux *lois pénales;*

2° Aux *lois politiques;*

3° Aux *lois civiles*, en prenant cette expression dans son sens le plus large et par opposition aux deux premières catégories.

55. En ce qui concerne les lois pénales, le principe de justice qui domine la matière, est formulé dans l'art. 4 du Code

(*) Art. 2. — CICERO, *in Verrem*, act. 2, l. 1, § 42; L. 229, 230, D. 50, 16 (*De verb. signif.*); L. 3, C. Th. 11; L. 7, C. 1, 14 (*De leg.*); L. 27, C. 4, 32 (*De usuris*); L. 65, C. 10, 31 (*De decurion.*); Novel. 115, c. 1.

pénal : nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis. D'un autre côté une loi nouvelle peut diminuer, avant le jugement, la peine qui était prononcée au moment où un fait a été commis, et qui est jugée trop sévère, et par conséquent injuste. De la combinaison de ces deux idées on tire cette conséquence que, dans tous les cas, la peine la moins grave doit seule être appliquée. Cette règle cependant ne s'étendrait pas aux amendes fiscales ayant moins le caractère d'une peine que celui de réparations civiles, et constituant à ce titre un droit acquis au profit du Trésor (1).

Les lois modifiant la compétence ou le mode d'instruction, ayant pour objet une meilleure organisation judiciaire, ou un moyen plus efficace de découvrir la vérité, n'enlèvent aux particuliers aucune garantie proprement dite. Ces lois deviennent donc obligatoires au moment où elles sont promulguées et publiées, et deviennent immédiatement applicables aux délits commis antérieurement. On admet cependant une exception pour le cas où l'affaire a été, avant la loi nouvelle, l'objet d'une décision sur le fond, lorsque cette décision a été frappée d'un appel sur lequel les juges du fond n'ont pas encore définitivement statué (2).

Nous ferons remarquer qu'en Algérie la qualification nouvelle donnée par acte du pouvoir exécutif au territoire sur lequel un fait punissable a été commis, peut entraîner un changement de juridiction analogue à celui qu'opérerait un remaniement législatif dans la compétence *ratione materiæ*. Ainsi un territoire militaire converti en territoire civil, passe

(1) Grenoble, 9 fév. 1889, Rec. de Grenoble, 89, 80.

(2) Cass. 18 fév. 1882, S. 82, 1, 185 et les notes ; conf. Toulouse, 19 août 1881 ; Lyon, 24 août 1881 ; Paris, 26 novembre 1881 ; Dijon, 13 décembre 1881 ; Riom, 27 décembre 1881, S. 82, 2, 87.

par là même sous l'autorité des tribunaux ordinaires et réciproquement (1).

56. Pour les lois politiques, le principe qui s'impose est celui de l'unité et de l'indivisibilité du régime que ces lois ont pour but de constituer. Elles deviennent obligatoires dès leur promulgation, et régissent immédiatement les situations auxquelles elles s'appliquent, sans qu'il soit possible de concevoir comment ces situations, acquises sous l'empire du régime modifié, pourraient se soustraire aux modifications jugées nécessaires par la loi nouvelle. C'est surtout en matière d'électorat et d'éligibilité que ces principes reçoivent leur application (2). Il a même été décidé que la loi électorale qui retire le droit de vote à une certaine catégorie de condamnés, s'applique même à ceux qui ont été condamnés antérieurement à cette loi, et qu'il n'y a là ni effet rétroactif, ni aggravation apportée à la peine déjà prononcée (3).

57. Les *lois civiles*, par opposition aux lois politiques et aux lois pénales, donnent lieu à de plus graves difficultés quand il s'agit de déterminer les limites exactes de leur application dans le domaine du temps.

On a souvent soutenu et enseigné que, dans le domaine du temps, l'empire de la loi est forcément limité; que le passé lui échappe, et qu'en principe une loi ne saurait jamais exercer aucune influence sur les faits qui se sont passés avant sa promulgation. C'est ainsi qu'on paraphrase le principe formulé par l'art. 2 du Code civil. Mais quand on arrive à l'application on ne tarde pas à reconnaître que bien souvent une loi doit régler les conséquences d'un fait antérieur à sa promulgation; on est alors obligé de faire une exception

(1) Cass. 11 décembre 1873, S. 74, 1, 401.

(2) Cass. 28 octobre 1885, S. 86, 1, 377.

(3) Douai, 6 fév. 1871, S. 72, 2, 42; conf. Cass. 19 août 1850, P. 1851, 1, 121; 15 avril 1868, S. 68, 1, 184.

au principe, et de reconnaître que la loi peut quelquefois rétroagir.

Cette doctrine repose sur une notion inexacte de la *rétroactivité*.

58. Lorsqu'un fait s'est produit sous l'empire d'une première loi, et que le fait continue ou bien que certaines conséquences de ce fait apparaissent sous l'empire d'une seconde loi, quelle est celle des deux lois qui doit être appliquée? En principe, c'est toujours la seconde; cette seconde loi, en régissant les conséquences de faits antérieurs à sa promulgation, ne rétroagit pas, c'est-à-dire n'agit pas en dehors de sa sphère légitime.

Ainsi, par exemple, sous l'empire des lois actuelles, on est majeur à 21 ans accomplis, et d'après l'art. 488, C. C., on est à cet âge capable de tous les actes de la vie civile. Donc si un particulier âgé de 22 ans vend sa maison, la vente est certainement valable. Mais le lendemain une loi est promulguée qui recule l'époque de la majorité jusqu'à 25 ans. Cette loi s'appliquera incontestablement au particulier dont nous venons de parler, qui par conséquent redeviendra mineur et le demeurera jusqu'à sa vingt-cinquième année. Il est manifeste que le texte de l'art. 2 ne s'oppose pas à cette solution. La loi, en replaçant l'ex-majeur dans les liens de la minorité, ne rétroagit pas; la loi n'agit pas en dehors de sa sphère naturelle, elle y demeure au contraire. Or, dans la doctrine erronée que nous repoussons, on affirme qu'en principe la loi ne pourrait pas changer, sans rétroagir, la condition de celui qui est devenu majeur, et qu'il a été admis, par dérogation à la règle générale, que les lois régissant la capacité des personnes pouvaient rétroagir.

Nous soutenons, au contraire, que la loi qui modifie, comme on vient de le voir, la capacité des personnes, ne rétroagit pas, n'agit pas en arrière, c'est-à-dire en dehors de sa sphère légitime.

Pour qu'une telle loi rétroagît, il ne suffirait pas qu'elle eût fait redevenir mineur un particulier qui était d'abord devenu majeur, il faudrait, de plus, qu'elle prononçât la nullité de la vente par lui antérieurement consentie; et qu'ainsi elle anéantît un acte définitivement et irrévocablement consommé avant sa promulgation. Dans ce cas, elle rétroagirait véritablement, car elle agirait en arrière et en dehors de sa sphère naturelle.

59. Voici donc quelles sont les règles qu'il convient d'admettre:

1° Une loi nouvelle s'applique tout naturellement non seulement aux faits futurs qui se produiront sans aucune relation avec un fait antérieur, mais encore aux faits futurs qui sont la conséquence de faits antérieurs.

2° Une loi nouvelle ne peut être appliquée pour porter atteinte à des droits définitivement acquis à ceux qui ont agi sur la foi de la loi ancienne; ce qu'on exprime par ces mots : *elle n'a pas d'effet rétroactif.*

3° Si, par hypothèse, une loi nouvelle anéantissait ou diminuait des droits définitivement acquis avant sa promulgation, *elle rétroagirait.*

4° Mais si une loi nouvelle se bornait à diminuer ou à anéantir de simples éventualités ou expectatives n'ayant pas le caractère de droits acquis avant sa promulgation, on ne pourrait pas dire qu'elle rétroagit.

60. Par conséquent, la seule question qu'il y ait véritablement à résoudre est celle de savoir ce qu'il faut entendre par *droit acquis.*

Merlin définit les *droits acquis* : « Ceux qui sont entrés dans notre patrimoine, qui en font partie, et que ne peut plus nous ôter celui de qui nous les tenons (1). » Cette définition ou plutôt cette description, généralement acceptée,

(1) *Répert.*, v° *Effet rétroactif*, sect. 3, § 1, n° 3.

est, au fond exacte, mais elle manque de précision. D'abord l'expression *droit acquis* est équivoque; elle tend à faire supposer qu'il y a des droits qui ne sont pas acquis, ce qui serait absurde. En second lieu, quel est le signe révélateur du droit dont on s'occupe? Voilà le point capital que la définition de Merlin ne met pas en relief. Nous proposerons donc la suivante : Constitue un *droit acquis*, tout avantage dont la conservation ou l'intégrité est garantie au sujet investi par une action ou par une exception.

Au contraire, ne sera pas un droit acquis, mais sera un simple *intérêt :* tout avantage dont la conservation ou l'intégrité n'est pas garanti au profit du sujet par une action ou par une exception.

La règle serait par conséquent ainsi formulée : une loi nouvelle ne peut pas, en principe, porter atteinte à un *droit*, mais elle peut détruire ou léser un *intérêt*.

On peut donc supprimer l'expression *acquis* parce qu'elle n'ajoute rien à l'idée, et qu'elle a simplement pour but de marquer, que, dans l'ordre chronologique, il s'agit d'un droit existant avant la promulgation de la nouvelle loi.

Cette manière d'envisager la difficulté a pour résultat une grande simplification dans la doctrine, puisqu'elle rattache nettement la solution cherchée à une distinction facile à comprendre et admise par tout le monde entre l'*intérêt* et le *droit*. Au fond, la distinction établie entre les *droits acquis* et les *simples expectatives*, n'est pas autre chose. Mais les expressions employées ont eu une fâcheuse influence sur la direction des idées, et ont empêché de voir qu'il ne s'agissait en réalité que d'un simple cas d'application de la distinction entre l'*intérêt* et le *droit*.

61. Quand l'art. 2, C. C., déclare que la loi ne dispose que pour l'avenir et qu'elle n'a point d'effet rétroactif, il veut donc dire tout simplement que lorsqu'il s'agit d'appliquer une loi nouvelle, ne contenant à cet égard aucune précision spéciale,

le juge doit laisser en dehors de l'application de cette loi tous les droits nés antérieurement à sa promulgation, mais doit au contraire soumettre à l'application de cette même loi, tous les intérêts même nés avant sa promulgation.

L'art. 2 se borne donc à édicter une règle destinée à guider le juge dans l'application de la loi, mais il laisse intacte la question de savoir si le législateur lui-même ne pourrait pas édicter une loi rétroactive, c'est-à-dire portant atteinte à des droits nés avant sa promulgation. Or, nous verrons plus tard que le législateur a ce pouvoir. Pour le moment, nous avons seulement à examiner comment le juge doit appliquer une loi qui n'est pas déclarée *rétroactive*, en prenant pour base la distinction ci-dessus établie entre le *droit* et l'*intérêt*.

b) *Application aux lois concernant les personnes.*

62. — Lois sur la nationalité.
63. — Lois sur la capacité des personnes ; majorité, minorité.
64. — Puissance paternelle, tutelle, interdiction.
65. — Mariage, puissance maritale.
66. — Reconnaissance des enfants naturels ; pouvoir du législateur dans les matières ci-dessus énumérées.

62. Nous nous occuperons d'abord des lois concernant principalement les personnes.

Ces lois peuvent avoir trait :

1° A la nationalité ;

2° A la capacité civile ;

3° A l'état civil.

Quand un étranger a été naturalisé français sous l'empire d'une loi qui exigeait certaines conditions, si une loi nouvelle est promulguée exigeant des conditions autres, le naturalisé demeure français quoiqu'il ne remplisse pas les nouvelles conditions. On dit généralement que ce résultat est commandé par cette considération que la nationalité française est désormais un droit (acquis) pour le naturalisé. Il est vrai

que la nationalité française est désormais un droit pour ce ci-devant étranger. Il a en effet, comme tout Français, une action en reconnaissance de sa nationalité qu'il peut faire valoir contre l'État français, représenté par le préfet, chaque fois qu'il aura un intérêt né et actuel à établir sa nationalité pour l'opposer à une autre personne qui la conteste. Mais il y a une raison péremptoire pour que le naturalisé ne soit pas atteint par la loi nouvelle, c'est que, sauf disposition contraire, la loi nouvelle ne le concerne pas; elle s'adresse seulement aux étrangers qui veulent devenir français, et non à ceux qui sont déjà français.

63. Les lois qui régissent la capacité des personnes ont pour objet immédiat la protection même de la personne. Les intéressés peuvent avoir une action pour soutenir la validité des actes faits par un individu en pleine capacité, mais nul ne saurait se prétendre investi du droit de demeurer indéfiniment capable dans l'avenir. Par conséquent les lois qui viendront modifier, amoindrir ou même détruire la capacité civile des personnes régiront désormais même les personnes qui étaient antérieurement capables, sans néanmoins porter aucune atteinte à la validité des actes par elles antérieurement consommés. Les lois dont nous parlons peuvent avoir trait : à la minorité, à la majorité, à la puissance paternelle, à la tutelle et à l'interdiction.

Le Code fixe la majorité à vingt-et-un ans. Le Français qui a atteint cet âge a seulement acquis la capacité de faire désormais des actes valables, mais il n'a pas acquis *le droit* de demeurer capable ; donc il devra subir les effets d'une loi nouvelle qui reculerait l'époque de la majorité. Dans ce cas il redeviendra mineur. A l'inverse, le Français ayant plus de vingt-et-un ans, qui d'après la loi ancienne ne devait être majeur qu'à 25 ans, est tout de suite devenu majeur par l'effet du Code civil qui a avancé l'époque de la majorité.

64. Les lois qui organisent, restreignent ou modifient la

puissance paternelle ou la tutelle doivent immédiatement produire leurs effets à l'égard de ceux qui, au moment de leur publication, étaient déjà investis de la tutelle ou de la puissance paternelle.

Les juges devraient donc reconnaître que, par le fait seul de la promulgation du Code, la tutelle déférée d'après les lois anciennes devait cesser immédiatement (1).

De ce que les lois qui modifient l'état des personnes doivent recevoir leur application du jour où elles ont été publiées, la Cour de cassation a tiré cette conclusion que la publication du Code civil avait eu pour résultat de lever de plein droit l'interdiction prononcée antérieurement contre les prodigues et de transformer leur curateur en conseil judiciaire (2). Ces deux solutions ont été l'objet de vives critiques. La dernière nous paraît insoutenable. En décidant que la curatelle était de plein droit transformée en conseil judiciaire, le juge s'est évidemment substitué au législateur, et a fait ce que ce dernier avait sans doute le droit de faire, mais n'avait pas déclaré vouloir faire. Mais le juge pouvait-il du moins décider que l'interdiction pour cause de prodigalité, résultant d'un jugement antérieur à la promulgation du Code, avait été levée de plein droit par le Code? Il semble que l'affirmative ne puisse faire difficulté, car selon la remarque de M. Laurent : « Il ne peut y avoir d'interdiction pour cause de prodigalité, sous un Code qui ne l'admet plus (3). » Cependant M. Laurent soutient que la promulgation du Code a eu seulement pour résultat de permettre aux prodigues interdits de demander la mainlevée de l'interdiction. « Si le juge décidait que l'interdiction a été levée de plein droit par le Code, qu'arriverait-il s'écrie M. Laurent? Que des individus recon-

(1) Merlin, v° *Effet rétroactif*, sect. 3, § 2, art. 8, n° 3.

(2) Cass. 20 mai 1806 ; 6 juin 1810, D. *Répert.*, v° *Lois*, n° 241 ; Montpellier, 1er juillet 1840, D. 43, 2, 117.

(3) T. I, n° 191.

nus incapables par jugement deviendraient subitement capables; funeste capacité, puisqu'elle les conduirait à leur ruine. Non, le juge ne peut pas le décider ainsi; il ne le pourrait que si telle était la volonté du législateur, et comment lui supposer une imprévoyance aussi impardonnable (1) ? » Ce qui explique cette façon de raisonner, c'est que les rédacteurs du Code civil en repoussant l'interdiction pour cause de prodigalité comme une mesure évidemment excessive et non justifiée, l'ont remplacée par la dation d'un conseil judiciaire; et alors on pensait qu'en obligeant l'interdit à demander la mainlevée de son interdiction, on donnait aux parents le temps de provoquer la nomination d'un conseil, de sorte que le prodigue passait sans transition des liens de l'interdiction dans ceux moins étroits du conseil judiciaire. Mais il est manifeste que si les rédacteurs du Code avaient reconnu que le prodigue doit porter la responsabilité de ses actes, et qu'il n'y a aucune mesure à édicter contre lui; s'ils s'étaient bornés à supprimer purement et simplement son interdiction, il aurait bien fallu reconnaître que le Code avait de plein droit levé les interdictions antérieurement prononcées pour cause de prodigalité. La question est importante, parce qu'elle se posera probablement à l'occasion du conseil judiciaire. Les écrivains les plus autorisés demandent la suppression de cette mesure qui n'est qu'un empiètement irrationnel de la morale sur le droit. Si donc une loi venait abroger purement et simplement les dispositions du Code civil relatives à la nomination d'un conseil judiciaire, il faudrait admettre que cette abrogation entraînerait de plein droit la mainlevée du conseil judiciaire, par le motif qu'il ne pourrait plus exister de conseil judiciaire sous l'empire d'une loi qui ne l'admet pas.

65. Les lois nouvelles ayant pour objet de modifier les conditions de validité du mariage, devront recevoir leur

(1) *Ibid.*

application immédiate. Par conséquent ceux qui étaient capables de contracter mariage d'après la loi ancienne pourront se trouver incapables d'après la loi nouvelle. Mais cette loi ne pourra pas s'appliquer aux mariages célébrés antérieurement; il est en effet reconnu que les conditions de validité du mariage au point de vue de la capacité des parties contractantes doivent être appréciées d'après la législation en vigueur au moment du mariage, nonobstant les modifications ultérieurement survenues (1).

Au contraire, la capacité ou l'incapacité de la femme mariée et par conséquent l'étendue plus ou moins grande de la puissance maritale devront être appréciées d'après la loi nouvelle et non d'après celle qui était en vigueur au moment du mariage, étant toujours entendu que les actes juridiques régulièrement consommés sous l'empire de la loi ancienne seront maintenus. La question de savoir quelle est la capacité de la femme, en tant que femme mariée, ne doit pas être confondue avec la question de savoir quels sont les droits ou facultés que lui confère le régime matrimonial auquel elle est soumise; à ce dernier point de vue, c'est la loi en vigueur à l'époque du mariage qui devra être appliquée.

La puissance paternelle peut aussi, comme la puissance maritale, être modifiée par une loi nouvelle dont l'application immédiate à ceux qui sont déjà investis d'une telle puissance ne peut faire aucun doute.

66. Les lois nouvelles modifiant les règles concernant la reconnaissance forcée des enfants naturels, la recherche de la paternité ou de la maternité naturelles, doivent recevoir leur application immédiate; ceux qui auraient pu bénéficier de la loi abrogée et qui ne l'ont pas fait, sont plutôt atteints dans le moyen de faire valoir leur droit que dans le droit lui-même.

(1) Chambéry, 7 fév. 1885, S. 86, 2, 217.

Nous devons maintenant remarquer que si, dans les diverses hypothèses ci-dessus indiquées, certaines conséquences de la qualité d'époux, de fils, peuvent se trouver atteintes par une loi nouvelle rétroactive, il n'en est pas ainsi de l'état même de la personne. Les lois nouvelles concernant l'état des personnes, comme l'état de Français dont nous avons déjà parlé, l'état d'époux, l'état d'enfant légitime ou adoptif, l'état d'enfant naturel reconnu, ne doivent être appliquées par le juge que pour les situations à venir. La qualité d'époux, de fils, de père, considérée en elle-même doit demeurer intacte, car elle constitue un droit (acquis) protégé par une action. Pour qu'elle pût être détruite, il faudrait une disposition formelle insérée dans la loi. Quoique théoriquement on puisse concevoir que le législateur ait le pouvoir d'enlever rétroactivement la qualité de Français à des individus qui l'ont déjà acquise par une naturalisation régulière, ou annuler des mariages antérieurement célébrés (1), il est permis de considérer comme tout à fait improbables de semblables hypothèses.

c) *Application aux lois concernant la propriété.*

67. — Lois modifiant la nature mobilière ou immobilière des biens.
68. — Distinction, au point de vue de l'effet rétroactif, entre le droit de propriété et l'usage de ce droit.
69. — Dans quelle mesure, d'après la jurisprudence, les arrêtés municipaux peuvent régler ou modifier l'usage du droit de propriété.
70. — La loi peut modifier rétroactivement le droit lui-même de propriété.

67. Nous allons maintenant appliquer le principe de l'art. 2, tel que nous l'avons entendu, aux lois concernant le patrimoine.

(1) Voy. LAURENT, t. I, nos 172 et 173.

La première question à résoudre est celle de savoir si, en cas de changement dans la législation sur la qualité mobilière ou immobilière des biens, il faut appliquer la loi nouvelle ou la loi ancienne.

L'intérêt de la question consiste à déterminer la nature de l'action qui doit appartenir au titulaire d'un bien dont le caractère mobilier ou immobilier a été changé par la loi. C'est ce qui est arrivé pour les rentes qui ont été déclarées meubles par le Code, alors qu'autrefois elles étaient immeubles, et aussi pour les maisons qui étaient réputées meubles dans certaines coutumes, et que le Code classe naturellement parmi les immeubles.

La Cour de cassation a formulé sur ce point la véritable règle, à l'occasion des rentes :

« Les rentes et autres prestations périodiques, dit un arrêt du 29 juillet 1828, qui étaient anciennement réputées foncières, ont été mobilisées par les lois nouvelles, et ce changement s'est opéré sans effet rétroactif, parce que s'il y avait droit acquis à la rente, avec prestation, il n'y en avait pas quant à la manière d'en poursuivre le recouvrement *qui est toujours réglée par la loi en vigueur au moment où l'action est intentée*, et ainsi l'action possessoire n'est plus recevable, bien que la redevance réclamée eût, à l'époque où a été fait le contrat, le caractère d'un droit réel immobilier (1). » — A l'inverse, l'action possessoire et l'action en revendication seront recevables à l'égard des maisons qui, avant le Code, devaient être considérées comme meubles.

Donc, la nature mobilière ou immobilière des biens est déterminée, non par la loi ancienne, mais par la loi en vigueur au moment où est intentée l'action relative à ces biens.

Tout autre est la question de savoir comment il convient

(1) *Adde*, Cass. 9 août 1831, S. 31, 1, 387; 11 fév. 1833, S. 33, 1, 183.

de régler les attributions à faire, en vertu de conventions matrimoniales, de biens dont le caractère mobilier ou immobilier a été changé par la loi depuis la célébration du mariage. C'est toujours la loi en vigueur qu'il faudra appliquer, et jamais la loi nouvelle. La raison en est qu'il ne s'agit plus ici d'intenter une action forcément caractérisée par la nature de son objet, mais d'appliquer simplement les conventions matrimoniales dans le sens qu'elles avaient à l'époque où elles ont été conclues.

Par conséquent si le mariage a été contracté sous l'empire d'une coutume réputant les rentes immeubles et accordant les meubles au survivant, et qu'il soit dissous sous l'empire du Code, le survivant ne pourra réclamer les rentes en alléguant qu'elles sont devenues meubles; de même le mariage a été contracté sous l'empire d'une coutume qui place les maisons parmi les meubles, et le contrat de mariage porte que la veuve aura la totalité des meubles; si des maisons ont été achetées sous l'empire du Code qui les déclare immeubles, la veuve pourra réclamer les maisons, car l'attribution prévue par le contrat de mariage doit être respectée (1).

68. L'art. 344 définit la propriété le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*. Il faut donc distinguer entre le droit de propriété envisagé en lui-même, dans ses éléments constitutifs : *jus utendi*, *fruendi*, *abutendi* et l'usage de ce droit. Quand le droit de propriété est en cause, la loi ne peut s'appliquer que pour l'avenir. Ainsi, l'arrêté antérieur à la loi du 21 mai 1836 qui a classé un chemin comme vicinal, n'a pu attribuer définitivement au chemin le sol compris dans les limites fixées par l'arrêté, car la loi de 1836 qui donne cet effet aux arrêtés portant reconnaissance de chemins vicinaux, ne peut avoir d'effet

(1) Cass. 27 janv. 1840, D. *Répert.*, v° *Contrat de mariage*, n° 514.

rétroactif (1). Mais quand il s'agit de l'usage seulement du droit de propriété, le juge peut appliquer la loi au passé, car il n'est plus en présence d'un *droit*, mais simplement d'un *intérêt*.

69. La Cour de cassation a plusieurs fois reconnu le droit qui appartient à l'autorité municipale de prescrire, dans l'intérêt général, certaines mesures pouvant modifier l'exercice antérieur du droit de propriété (2). Cependant la jurisprudence a une tendance de plus en plus marquée à réduire dans les limites les plus étroites le pouvoir réglementaire de l'autorité municipale. Ainsi il est bien admis que la loi confère à l'autorité municipale le pouvoir d'édicter, pour l'avenir, les mesures que lui suggère sa sollicitude dans l'intérêt de la sécurité et de la salubrité publiques, de soumettre par conséquent les constructions *nouvelles* à une certaine réglementation; mais, dit la Cour de cassation, la loi n'autorise pas l'autorité municipale à porter atteinte à des droits antérieurement acquis (3), et elle entend par droits antérieurement acquis, le mode suivant lequel était exercé le droit de propriété antérieurement à la publication des arrêtés. Par conséquent la Cour suprême décide que les mesures de police prises par l'autorité municipale ne sont pas obligatoires lorsqu'elles ont pour effet de limiter l'étendue du droit de propriété en réglementant le mode selon lequel il doit être exercé (4); et que les maires ne sont pas autorisés à déterminer eux-mêmes la nature et l'importance des travaux qui doivent être effectués en vue d'assurer la salubrité et la sécu-

(1) Amiens, 27 décembre 1887, S. 88, 2, 104.

(2) Voy. Cass. 16 décembre 1886, S. 88, 1, 398, et la note ; Cass. 20 juin 1836, S. 36, 1, 847.

(3) Cass. 31 décembre 1886, S. 88, 1, 182 ; Cass. 3 août 1882, S. 83, 1, 46, note.

(4) Voy. Cass. 5 août 1880, S. 81, 1, 187 ; 16 décembre 1881, S. 84, 1, 91 ; 19 août 1882, S. 83, 1, 336 ; 14 mai 1887, S. 87, 1, 400 ; 25 juillet 1885, S. 88, 1, 180 ; 18 juin 1887, S. 88, 1, 396.

rité publiques (1). La jurisprudence du Conseil d'État est dans le même sens (2).

70. Il faut bien remarquer que toutes ces décisions ont pour objet de déterminer, pour le juge, l'étendue des pouvoirs que les lois spéciales ont donnés à l'autorité municipale. Mais si une loi proprement dite réglementait, à certains points de vue, l'usage ou l'exercice du droit de propriété sans indiquer qu'elle doit seulement s'appliquer aux constructions ou situations nouvelles, le juge devrait l'appliquer même aux situations existant avant sa promulgation.

Ainsi, d'après l'art. 672, C. C., le voisin peut exiger que les arbres de haute tige qui n'ont pas été plantés à la distance légale soient arrachés; nous supposons qu'une instance a été intentée à cet effet ; durant l'instance, la loi du 26 août 1881 qui modifie l'art. 572 est promulguée; le défendeur pourra arrêter l'effet de l'action intentée contre lui, en usant de la faculté qui lui est accordée par l'art. 672 modifié, de réduire les arbres à une hauteur de deux mètres (3). La loi nouvelle ayant simplement pour objet de régler, sur un point déterminé, l'usage du droit de propriété, devait naturellement être appliquée même aux situations existant avant sa promulgation. On pourrait objecter que le voisin, qui avait une action avant la loi de 1881 pour faire arracher les arbres, se trouve rétroactivement dépouillé de cette action contrairement à ce qu'autorise l'art. 2 et notre manière d'interpréter cet article. Il faut répondre que l'art. 672 avait seulement pour but de protéger le propriétaire contre les inconvénients résultant pour lui de la présence sur le fonds voisin d'arbres de haute tige plantés à une distance trop courte, or la loi nouvelle ne détruit pas cette protection, elle permet seulement d'enlever

(1) Cass. 25 juillet 1886, S. 88, 1, 88.

(2) Cons. d'État, 7 mai 1886, S. 88, 3, 11.

(3) Caen, 25 fév. 1883, S. 86, 2, 29 ; les motifs de cette décision prêtent à la critique à plus d'un point de vue.

aux arbres dont il s'agit leur caractère d'arbres de haute tige.

71. La Cour de Caen motive la décision ci-dessus rapportée, sur ce que la loi nouvelle doit seule être appliquée quand il s'agit de contestations relatives à des droits reposant uniquement sur une disposition de loi, specialement en matière de servitude légale. Un pareil motif est absolument erroné. Il semble impliquer que les avantages dérivant d'une disposition de loi ne constituent pas des droits acquis. Cela n'a pas besoin d'être réfuté. La Cour de cassation a implicitement condamné un tel aperçu à l'occasion des servitudes dérivant de la situation des lieux qui doivent évidemment, au point de vue de la non-rétroactivité, être régies par les mêmes principes que les servitudes légales proprement dites. La Cour a en effet reconnu que le Code civil n'a pas fait disparaître le droit appartenant à des étangs d'ancienne création de recueillir, en vertu de certains usages, assimilables à une disposition de loi, les eaux découlant naturellement des fonds supérieurs (1); ce qui revient à dire qu'en pareille matière il faut appliquer la loi ancienne. La question doit toujours être ramenée aux mêmes termes. La loi nouvelle porte-t-elle atteinte à un droit, le juge ne doit pas l'appliquer aux situations anciennes; porte-t-elle atteinte à un simple intérêt, le juge doit l'appliquer aux situations anciennes.

d) *Application aux lois concernant les contrats.*

72. — Les règles concernant la forme des contrats dérivent de la loi ancienne.

73. — Comparaison avec les testaments dont les formes sont régies par la loi nouvelle.

74. — Les causes de nullité ou de rescision, etc., soit par voie d'action, soit par voie d'exception, sont régies par la loi ancienne. Application à la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme.

(1) Cass. 18 fév. 1884, S. 85, 1, 205.

75. — Il en est de même des causes de résolution.
76. — Les lois relatives au taux de l'intérêt ne rétroagissent pas.
77. — Les lois modifiant les conditions économiques ayant présidé aux contrats anciens laissent subsister ces contrats ; exemples tirés des décrets établissant la liberté de la boucherie et de la boulangerie.
78. — Les droits réels résultant des contrats ne sont pas atteints par les lois nouvelles ; exception admise par la jurisprudence pour les formes de publicité en matière hypothécaire.
79. — De la distinction entre les *effets* et les *suites* des contrats.
80. — Application au partage sous une loi nouvelle d'une société formée sous une loi ancienne.
81. — Application au contrat de mariage quant à certaines conséquences pouvant se produire sous une loi nouvelle.
82. — Les modes de preuve sont déterminés par la loi en vigueur au moment du contrat.
83. — La loi nouvelle régit la procédure, la compétence et l'exécution.

72. Les contrats sont soumis pour leur validité à des règles de fond et de forme dont l'application sert de sauvegarde et de garantie aux droits individuels. Si donc les formes instrumentaires ont été modifiées, il faudra toujours appliquer la loi qui était en vigueur quand le contrat a été conclu. Cette solution s'impose, d'abord parce que le contrat a engendré des droits que la loi nouvelle n'atteint pas, et en second lieu, parce que l'application des formes nouvelles à un contrat déjà conclu, pourrait avoir comme conséquence l'anéantissement même du contrat. Il faudrait, en effet, refaire le contrat selon les formes nouvelles, et il suffirait du refus de l'une des parties, de son absence, etc., pour rendre la chose impossible.

73. Les mêmes raisons n'existent pas à l'égard des testaments. Une loi nouvelle modifiant les formes testamentaires serait donc applicable à un testament fait antérieurement (1). Il ne peut en effet résulter d'un testament aucun droit acquis pour personne, tant que le testateur est vivant. Un testament ne pouvant produire ses effets qu'à la mort du testateur, il

(1) MERLIN, *Répert.*, v° *Effet rétroactif*, sect. 3, § 5, n° 1.

semble que la volonté de ce dernier doive être exprimée dans les formes voulues par la loi au moment de son décès. « Sans doute, dit M. Laurent, le législateur en pareille matière n'enlève pas de droit acquis; il pourrait donc, sans violer le droit de propriété, régir le passé. Mais, a-t-il une raison pour le faire? Telle est la vraie question (1). »

Mais non, telle n'est pas et telle ne peut pas être la question : on suppose que le législateur déterminé par des raisons jugées par lui suffisantes, et que le juge n'a pas à apprécier, a purement et simplement modifié les formes extérieures des testaments, et a même supprimé l'une des formes testamentaires admises jusqu'à ce jour, par exemple la forme olographe. Tout le monde est obligé de reconnaître que le législateur pourrait, théoriquement, supprimer la faculté de tester; il peut donc aussi supprimer une manière spéciale de tester, ou déclarer qu'il ne connaît d'autres testaments valables que ceux qui seront revêtus des nouvelles formes par lui prescrites. Mais, objecte-t-on, l'application immédiate de la loi nouvelle peut se traduire par une iniquité, par exemple si le testateur interdit ne pouvait pas refaire son testament, ou s'il décédait peu de temps après la promulgation de la loi nouvelle (2). Une telle objection ne pouvait être adressée qu'à la loi elle-même tant qu'elle était à l'état de projet. Si elle a été admise par le législateur, il est probable qu'un délai quelconque aura été accordé aux testateurs pour refaire leur testament. Si la loi n'accorde aucun délai de ce genre, c'est que l'objection n'a pas arrêté le législateur, et alors comment le juge pourrait-il en tenir compte? De telles discussions n'ont du reste qu'une valeur théorique, car il n'est pas probable qu'une loi leur donne jamais l'occasion de naître.

74. Quand il s'agira des règles de fond concernant les

(1) Laurent, t. I, n° 203.
(2) Voy. Demolombe, t. I, n° 49.

causes de nullité, de résolution ou de révocation dont les contrats peuvent être affectés, qu'il s'agisse de les faire valoir par voie d'action ou par voie d'exception, il faudra encore appliquer la loi qui était en vigueur au moment où ils ont été conclus. Par exemple, la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme, qui soustrait ces conventions à l'exception de jeu et leur restitue les effets ordinaires attachés aux conventions légalement formées, n'a pu porter atteinte au droit acquis par le débiteur, avant la promulgation de cette loi, d'invoquer l'exception de jeu pour des opérations accomplies sous le régime de l'art. 1965, C. C. (1). D'une manière générale les conventions doivent toujours être appréciées d'après la loi en vigueur au moment où elles ont été contractées (2).

75. La résolution des contrats est également régie par la loi du jour où ils ont été faits. Si une loi postérieure admettait une cause nouvelle de résolution, elle ne serait applicable qu'aux contrats à venir, sauf disposition contraire. La jurisprudence a néanmoins méconnu cette règle quand elle a décidé que le débiteur d'une rente constituée avant la publication du Code, pouvait être contraint à en rembourser le capital, lorsque sous l'empire du Code il avait cessé durant deux années d'en acquitter les arrérages, quoique cette cause de résolution n'existât pas sous l'ancienne législation (3).

76. Il faut encore décider que la loi du 12 janvier 1886, qui admet la liberté du taux de l'intérêt en matière commerciale, ne pourrait être appliquée à une convention passée sous

(1) Cass. 18 avril 1887, S. 87, 1, 157; conf. Paris, 25 avril 1835; Toulouse, 2 juillet 1885; Lyon, 4 juin 1885; Nancy, 25 juillet 1885; ces quatre arrêts dans S. 86, 2, 1; en sens contraire, Paris, 6 juin 1885, S. 86, 2, 1. Voy. note sous Poitiers, 27 juillet 1885, S. 86, 2, 9.

(2) Bordeaux, 16 mars 1887, S. 88, 2, 201; Caen, 25 fév. 1883, S. 86, 2, 29 et la note.

(3) Dalloz, *Répert.*, v° *Lois*, n° 273.

l'empire de la loi antérieure qui le limitait à 6 0/0 (1). Les actions ou exceptions pouvant résulter de conventions ou de perceptions qui étaient usuraires d'après la loi ancienne, sont en effet entrées dans le patrimoine du débiteur, et sont par conséquent à l'abri de la loi nouvelle.

Réciproquement, les droits de créance que le contrat a eu pour but immédiat de faire naître au profit de l'une ou de l'autre des parties, ou au profit de toutes deux, dans les conventions synallagmatiques, entrent aussi immédiatement dans le patrimoine du sujet, et par conséquent ne sont ni modifiés, ni amoindris, ni détruits par une loi nouvelle. Par conséquent, la convention conclue sous l'empire d'une législation qui admettait la liberté du taux de l'intérêt, devra continuer de produire ses effets malgré la promulgation d'une loi nouvelle venant au contraire limiter ce taux. C'est donc en conformité avec les vrais principes de la matière que la loi du 3 septembre 1807, limitant le taux de l'intérêt, aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile, par dérogation au Code civil qui laissait à cet égard une liberté entière aux parties contractantes, portait : « qu'il n'est rien innové aux stipulations d'intérêts par contrats ou autres actes faits jusqu'au jour de la publication de la loi. » — Cette déclaration était, disons-nous, conforme aux vrais principes; quand même elle n'eût pas été insérée dans la loi, le juge n'en eût pas moins été tenu de laisser les faits antérieurs en dehors de l'application de la loi nouvelle. Cette déclaration cependant n'était pas inutile, à cause d'une certaine opinion, dont nous aurons à examiner la valeur, d'après laquelle les lois d'ordre public rétroagissent toujours, c'est-à-dire, atteignent les droits nés antérieurement à leur promulgation.

77. La non-rétroactivité des lois nouvelles en matière de

(1) Besançon, 21 avril 1886, S. 87, 2, 202; Orléans, 12 juin 1886, S. 87, 2, 201 et la note.

contrats doit être admise alors même que ces lois font disparaître les circonstances qui pouvaient expliquer les contrats antérieurement passés, ou leur donner de l'intérêt. En d'autres termes le lien de droit résultant d'un contrat doit toujours être maintenu, les parties demeurant d'ailleurs exposées aux modifications législatives, commandées par la nécessité, et qui peuvent indirectement influer sur les conséquences plus ou moins avantageuses du contrat.

Ainsi, malgré la suppression du syndicat de la boucherie parisienne, dont l'existence est incompatible avec la liberté de cette industrie, il a été décidé que les marchés passés antérieurement entre un particulier et le syndicat de la boucherie créé par l'ordonnance du 18 octobre 1829, au sujet de la vente des bestiaux tués dans les abattoirs, restaient obligatoires pour les bouchers et devaient continuer à recevoir leur exécution ; le décret du 24 février 1858 supprimant le syndicat n'ayant pas un effet rétroactif (1).

La même décision a été prise pour la boulangerie ; les décrets des 2 septembre 1862 et 22 juin 1863 desquels résulte la liberté de la boulangerie n'ont porté aucune atteinte aux conventions passées antérieurement entre le syndicat des boulangers d'une ville et certains boulangers de la même ville concernant le rachat des fonds de commerce de ces derniers pour arriver à en limiter le nombre (2).

78. Les contrats peuvent encore avoir pour but et pour résultat la création ou la transmission de droits réels. Aussitôt qu'un tel résultat s'est produit, le droit réel est entré dans le patrimoine du sujet, et se trouve soustrait à l'atteinte des lois nouvelles. D'après le Code civil, et sauf ce qui concerne les donations d'immeubles, le même résultat était également acquis à l'égard des tiers. La loi du 23 mars 1855 a

(1) Cass. 27 mai 1861, S. 61, 1, 507 ; comp. Conseil d'État, 30 juin 1859, D. 60, 3, 10.

(2) Cass. 24 juillet 1866, S. 66, 1, 327.

eu pour but d'organiser, dans leur intérêt, un système de publicité au moyen de la transcription. Pour éviter toute difficulté sur le point de savoir dans quelle mesure la loi nouvelle devait atteindre les actes anciens, le législateur a édicté à cet égard certaines dispositions transitoires : Aux termes de l'art. 11 § 1, les art. 1, 2, 3, 4 et 9 de la loi ne sont pas applicables aux actes ayant acquis date certaine et aux jugements rendus avant le 1er janvier 1856; — leur effet demeurant réglé par la législation sous l'empire de laquelle ils sont intervenus. D'après le § 2 du même art. 11, l'art. 4 de la loi du 23 mars n'est pas applicable à l'espèce de jugements dont il s'occupe, s'ils ont été rendus avant le 1er janvier 1856, etc. Nous aurons, du reste, l'occasion de revenir sur ces détails quand nous traiterons de la transcription.

En matière hypothécaire, il est cependant admis que lorsque le législateur prescrit des formes de publicité, aux créanciers hypothécaires, le juge doit appliquer la loi nouvelle, même aux titres remontant à la loi ancienne, attendu qu'il ne faut voir là qu'une réglementation de l'exercice ou de l'usage du droit hypothécaire, et non une restriction de ce droit lui-même (1).

79. Il ne peut donc y avoir de sérieuse difficulté en ce qui concerne les droits de créance et les droits réels qui sont immédiatement engendrés par les contrats, et que l'on peut considérer comme étant les *effets* directs produits par les contrats. Mais les contrats peuvent aussi être la source ou l'occasion de certaines *suites* ou conséquences fort importantes au point de vue juridique, et se manifestant sous l'empire d'une loi nouvelle. On dit que les *effets* sont régis par la loi ancienne et les *suites* par la loi nouvelle. La raison en est que les effets dérivent nécessairement du contrat, tandis que

(1) Arg. Cass. 23 mai 1883, S. 83, 1, 397 ; Cass. 2 août 1880, S. 82, 1, 401.

les *suites* ne se produisent qu'à l'occasion du contrat; les *effets* sont nécessairement prévus par les parties contractantes, les *suites* peuvent n'avoir pas été prévues. « La distinction est rationnelle, dit M. Laurent, mais elle est dangereuse, car dans l'application il est difficile de distinguer ces *effets* des *suites;* de là il arrive que l'un voit une *suite* là où un autre voit un *effet*, et partant l'un applique la loi nouvelle, tandis que l'autre croit qu'il faut appliquer la loi ancienne (1). »

La difficulté qu'il peut y avoir à distinguer un effet proprement dit d'un contrat, d'avec une suite ou conséquence plus ou moins éloignée de ce même contrat, ne paraît pas insurmontable.

Les *effets* donnent toujours lieu à l'action même dérivant du contrat;

Les *suites* ou conséquences ne donnent et ne peuvent jamais donner lieu à cette action, mais à une action différente.

80. Ainsi prenons pour exemple l'un des cas principaux sur lesquels il y a dissidence entre les auteurs. On suppose que le partage d'une société ou d'une communauté formée sous l'ancienne loi se fait sous le Code civil, est-ce la loi nouvelle qui réglera l'obligation de garantie? Nous répondrons : la dissolution ou la résolution des contrats doit être régie par la même loi que le contrat lui-même; c'est-à-dire que c'est l'action *pro socio*, telle qu'elle était réglée au moment de la formation de la société, qui devra être mise en mouvement pour obtenir un partage volontaire ou forcé, c'est-à-dire pour obtenir le *nouveau contrat* qui doit remplacer l'ancien. Ce nouveau contrat est obtenu, et ne contient aucune disposition spéciale quant à la garantie; la garantie pourra-t-elle être réclamée par application de la loi ancienne, ou par

(1) T. I, n° 207.

application de la loi nouvelle? Pour qu'elle pût être réclamée par application de la loi ancienne, il faudrait qu'il fût possible de la faire valoir au moyen de l'action *pro socio;* or il n'en est pas ainsi : la garantie ne peut être réclamée qu'en vertu du partage, c'est-à-dire d'un *contrat nouveau,* conclu sous l'empire d'une *loi nouvelle;* donc à défaut de stipulations particulières les parties ont dû s'en référer à la loi nouvelle qu'il faudra appliquer.

81. La détermination des effets plus ou moins étendus que doivent produire les contrats aura donc lieu par application de la loi en vigueur au moment où les contrats ont été conclus, et c'est d'après cette loi que doit être interprétée la volonté probable des parties. Le contrat de mariage a donné lieu souvent à l'application de cette règle : ainsi c'est toujours d'après la loi ancienne que doit être régie, comme nous l'avons déjà ci-dessus remarqué (n° 67) l'attribution des biens des époux d'après leur caractère mobilier ou immobilier; les droits de survie, le douaire des enfants, l'aliénabilité ou l'inaliénabilité des propres de la femme, les causes de l'hypothèque légale de la femme, etc., mais si, dans le même ordre d'idées, il y a lieu d'accomplir certaines formalités pour la constatation ou la conservation des droits ainsi régis par la loi ancienne, ces formalités seront naturellement réglées par la loi nouvelle. Ainsi il a été reconnu que, dans le conflit de la loi française et de la loi sarde, c'était la loi ancienne sous laquelle le mariage avait été contracté qui devait régler les questions touchant au fond du droit hypothécaire, et que la loi nouvelle ne devait être appliquée que pour les questions de forme (1).

82. Les modes de preuves sont régis par la loi qui était en vigueur au moment de la conclusion du contrat, sans qu'il y

(1) Cass. 23 mai 1883, S. 83, 1, 397; Cass. 2 août 1880, S. 82, 1, 401.

ait à distinguer entre les actions tendant à l'exécution du contrat, et les actions qui ont pour but d'en faire prononcer la nullité. La Cour de Chambéry a fait l'application de cette règle au mariage, en décidant que l'admission de la preuve des faits allégués à l'appui d'une demande en nullité de mariage doit être appréciée d'après la législation en vigueur au moment de la célébration du mariage (1).

Si une loi nouvelle supprimait un moyen de preuve, les juges ne devraient pas en principe l'appliquer dans les procès relatifs à des faits antérieurs. Les particuliers ont dû compter en effet sur ce moyen de preuve qui pour eux constitue un droit.

83. Quant aux lois de procédure et de compétence, il est de principe qu'elles sont immédiatement applicables (2). C'est par exception que l'art. 1041, C. pr. c., a distingué entre les procès futurs et les procès déjà entamés à l'époque de sa promulgation.

Enfin le mode d'exécution des contrats doit être également réglé par la loi en vigueur au moment de cette exécution.

e) *Application aux lois concernant les successions et la prescription.*

84. — L'aptitude à succéder n'est pas un droit, mais une simple expectative.
85. — De la capacité de tester.
86. — La prescription commencée ne produit qu'une expectative.
87. — Cas où une loi nouvelle établit ou supprime un mode d'interruption ou de suspension de prescription.

84. Si maintenant des contrats nous passons aux successions, nous abandonnons la région des droits (acquis) pour entrer dans celle des simples expectatives. L'aptitude à succéder ne constitue en effet qu'une espérance à laquelle au-

(1) Chambéry, 7 fév. 1885, S. 86, 2, 217.

cune action ne peut être attachée. Ainsi, aujourd'hui, les parents sont admis à succéder jusqu'au 12e degré inclusivement (art. 755). Si une loi nouvelle est portée, comme le demandent certains publicistes et jurisconsultes, qui n'admettent la faculté de succéder que jusqu'au 8e degré, par exemple, les parents compris entre le 8e et le 13e degré perdront une expectative qui n'a jamais été un droit pouvant compter dans leur patrimoine. De même la capacité de succéder doit être régie par la loi nouvelle en vigueur au moment de l'ouverture de la succession. Par suite, sous l'empire du Code civil, les enfants naturels n'ont pu succéder aux parents naturels, à l'hérédité desquels ils étaient appelés d'après l'ancien droit (1), à l'inverse, celui qui était incapable sous l'ancien droit pourra succéder si la loi nouvelle le déclare capable.

La Cour d'Alger semble avoir méconnu les vrais principes, en décidant que le décret du 27 avril 1848, abolissant l'esclavage dans les colonies françaises et notamment en Algérie, avait néanmoins laissé subsister les droits de succession que la loi musulmane reconnaissait à l'ancien maître sur les biens de son affranchi, mort sans héritiers directs, pourvu que l'affranchissement fût antérieur à la promulgation du décret. Ce décret, dit-on n'a pas voulu supprimer, en même temps que l'esclavage, les droits acquis au moment de sa promulgation (2). Mais la suppression de l'esclavage entraîne la suppression de la qualité d'affranchi, et toutes les conséquences attachées à cette qualité. Or l'expectative de recueillir la succession d'un ci-devant affranchi ne pouvait constituer un droit acquis.

(1) Merlin, *Répert.*, v° *Effet rétroactif*, sect. 3, § 6, n° 1.

(2) Alger, 4 mars 1888, *Revue algér. et tunis.*, 89, 2, 233. En sens contraire : Alger, 12 octobre 1868, trib. Tunis, 21 fév. 1889, *Loi*, 14 mars 1889.

85. La capacité ou l'incapacité de tester est déterminée par la loi en vigueur au moment de la confection du testament; mais d'un autre côté, comme le testament ne produit d'effet qu'au moment du décès du testateur, il faut tenir compte des changements législatifs qui peuvent intervenir entre la date du testament et celle du décès. Si le testateur capable de tester au moment de la confection du testament a été rendu incapable par une loi nouvelle promulguée avant son décès, il est atteint par la loi nouvelle. Mais si la loi nouvelle déclare capable de tester, un individu qui ne l'était pas sous l'ancien droit, celui-ci aura simplement acquis le droit de faire désormais un testament valable, mais le testament qu'il aurait fait sous l'ancien droit ne sera pas validé.

86. L'application des principes ci-dessus exposés à la prescription ne comporte pas de sérieuses difficultés.

Quand la prescription est accomplie, elle engendre un droit qui échappe à l'atteinte de la loi nouvelle. Quand la prescription est simplement commencée elle constitue une simple expectative. Pour si légitime que soit cette expectative elle est soumise aux modifications législatives qui peuvent se produire. Par conséquent une loi nouvelle pourra restreindre ou même faire disparaître une expectative résultant d'une prescription seulement commencée. Cette solution est tout à fait indépendante de la question de savoir comment il convient d'envisager la nature juridique de la prescription. Que la prescription, en effet, soit considérée comme un moyen d'acquérir ou de se libérer, ou seulement comme étant la présomption d'une juste cause d'acquisition ou de libération, dans les deux opinions il est un point certain, c'est qu'une prescription non encore achevée n'a pu faire naître qu'une simple expectative, naturellement soumise à toute loi nouvelle quelque légitime qu'elle soit d'ailleurs. L'art. 2281, C. C., ne contient qu'une disposition transitoire, dérogeant aux vrais principes et ne pouvant tirer à conséquences.

87. Une loi nouvelle supprimant un mode d'interruption de prescription restera sans effet à l'égard des actes interruptifs déjà accomplis, mais s'appliquera naturellement aux actes postérieurs. Si la loi nouvelle créait au contraire un nouveau mode d'interruption, le possesseur ou débiteur devrait le subir, même pour une possession ou pour une dette antérieure à la loi nouvelle. Solutions analogues pour les cas où une loi nouvelle supprimerait une cause de suspension ou introduirait une cause nouvelle de suspension de prescription.

f) *Du pouvoir qui appartient au législateur de faire des lois rétroactives, c'est-à-dire portant atteinte à un droit.*

88. — Le principe de la non-rétroactivité des lois n'est pas d'ordre constitutionnel.
89. — Le législateur peut donc faire des lois rétroactives ; comparaison de la rétroactivité avec l'expropriation pour cause d'utilité publique.
90. — Exemple tiré de la loi du 21 juin 1843.
91. — Autre exemple.
92. — Dans le cas de dérogation tacite au principe de la non-rétroactivité, le juge doit rechercher quelle a été la volonté du législateur d'après le texte et l'économie de la loi à appliquer.
93. — Les lois d'ordre public doivent-elles être considérées comme rétroactives, à raison de leur nature et indépendamment de toute disposition spéciale ?
94. — Des lois interprétatives.
95. — De la rétroactivité en cas d'annexion de territoire et autres hypothèses spéciales.

88. L'étude qui précède démontre que, dans le cas de conflit entre deux lois, le juge devra appliquer la loi nouvelle non seulement aux faits à venir, mais encore aux faits antérieurs ou aux conséquences de ces faits, chaque fois qu'il n'en sera pas résulté un droit entré dans le patrimoine de la personne : car, en ce qui touche les *droits* la *loi ne dispose que*

pour l'avenir, ou plutôt le juge doit interpréter la loi comme ne statuant que pour l'avenir.

Mais le législateur lui-même ne pourrait-il pas porter une loi ayant un *effet rétroactif*, c'est-à-dire pouvant atteindre même les droits acquis antérieurement à sa promulgation?

Le pouvoir du législateur ne pouvant être restreint que, par la constitution du pays, la question revient à savoir si le principe de la non-rétroactivité des lois est une règle d'interprétation obligatoire seulement pour le juge, ou bien s'il constitue une règle constitutionnelle.

La Constitution du 3 déc. 1791 (art. 8) et celle de 1793 (art. 17), donnèrent à ce principe le caractère constitutionnel en matière pénale seulement. La Constitution du 5 fructidor an III alla plus loin : son art. 14 portait qu'aucune loi, ni criminelle ni civile en pouvait avoir d'effet rétroactif.

La Constitution du 22 frimaire an VIII et celles qui lui ont succédé n'ont pas reproduit cette règle; son insertion dans l'article 2, C. C. et l'art. 4, C. P., lui a donc fait perdre son caractère constitutionnel. La question de savoir s'il convenait de lui restituer ce caractère fut reprise lors de la discussion de la Constitution de 1848; mais la proposition qui en avait été faite fut repoussée. Il est certain, en effet, qu'il peut se produire des circonstances, heureusement très rares, où la nécessité imposera au législateur l'obligation de porter une loi rétroactive.

89. Il est donc admis que le législateur a le pouvoir de faire une loi rétroactive, c'est-à-dire une loi pouvant porter atteinte à des droits valablement acquis antérieurement à sa promulgation. Il se produit, dans ce cas, comme une sorte d'expropriation, pour cause d'utilité publique, du droit que la disposition rétroactive de la loi se propose d'atteindre.

Il y a cette différence entre ce genre d'expropriation et celui auquel se réfère l'art. 545, C. C., que dans ce dernier cas il est procédé par mesure individuelle contre ceux qu'il s'agit d'exproprier lesquels reçoivent une indemnité préalable. Au

contraire, dans le cas d'expropriation resultant d'une loi rétroactive, la mesure est générale, et les expropriés n'en retirent aucune compensation, autre que le supplément de sécurité sociale devant résulter du sacrifice qui leur est imposé. Sous ce rapport la condition de ceux qui n'ont eu aucun sacrifice à faire est absolument la même.

90. La loi du 21 juin 1843 sur la forme des actes notariés est un des exemples les plus remarquables d'une loi rétroactive dans un intérêt public. Les actes notariés, depuis la loi du 25 ventôse an XI, devaient être passés en présence de deux notaires ou d'un notaire et de deux témoins. Or, dans la pratique, le notaire en second ou les témoins instrumentaires n'étaient jamais présents à la réception de l'acte. En 1843 certaines décisions judiciaires déclarèrent que les actes passés dans ces conditions, étaient entachés de nullité. Il en résultait que presque tous les actes notariés passés depuis la promulgation de la loi du 25 ventôse an XI étaient nuls! Pour apaiser la panique résultant d'une telle constatation, il fallut, d'urgence, à l'aide d'une loi affectant la forme interprétative, valider rétroactivement tous les actes notariés dont il s'agit, c'est-à-dire enlever à ceux qui auraient pu l'intenter une action en nullité qui leur appartenait.

91. Quelquefois, c'est l'action réelle que le législateur enlève à ceux qui en étaient investis. Ainsi, en Algérie, certains biens dit *Habous* étaient frappés d'inaliénabilité. Or, un décret du 30 octobre 1858 a eu précisément pour but de purger du vice dont elles étaient entachées les aliénations antérieures de biens *Habous*. Ces aliénations ont donc été rétroactivement validées, et doivent par conséquent produire tels effets que de droit (1).

Le législateur peut donc déroger à la règle de la non-ré-

(1) Cass. 16 décembre 1877, S. 78, 1, 12, note ; V. Cass. 21 mars 1859, S. 59, 1, 380.

troactivité des lois (1) et cela en toute matière, puisque son pouvoir n'est pas limité par la Constitution. On ne comprend donc pas les distinctions admises par certains arrêts : ainsi une Cour (2) a cru devoir distinguer entre les droits, *reposant uniquement sur une disposition de loi*, tels que les servitudes légales, et qu'une loi nouvelle pourrait modifier ou détruire, et les droits résultant des conventions, « La convention créant entre les parties contractantes un rapport *que rien ne saurait ébranler, pas même l'intervention du législateur!* »

92. Il n'y a pas de difficulté quand le législateur manifeste par une disposition formelle sa volonté de rétroagir. Mais comme le législateur ne saurait être assujetti à adopter une formule quelconque, il est légitime d'admettre la possibilité d'une dérogation tacite au principe de la non-rétroactivité.

Le juge aura dans ce cas à rechercher quelle a été la volonté certaine du législateur. La Cour de Caen admet dans l'arrêt précité qu'à défaut de disposition expresse il appartient au juge de rechercher dans *la nature des dispositions de la loi* et dans *l'utilité de son application immédiate,* si le législateur a entendu déroger au principe de la non-rétroactivité (3). C'est déplacer la question et donner au juge la mission de rechercher non pas si, en fait, le législateur a fait une loi rétroactive, mais plutôt s'il existait une bonne raison pour que le législateur fît une loi rétroactive. Les pouvoirs du juge ne vont pas jusque-là, le juge doit rechercher la volonté du législateur uniquement dans le texte et dans l'économie générale de la loi elle-même, et non dans *la nature*, douteuse peut-être, des *dispositions de la loi*, et moins encore dans *l'utilité*, plus ou moins démontrée, *de son application immé-*

(1) Voy. Cass. 15 avril 1863, S. 63, 1, 350.
(2) Caen, 25 fév. 1883, S. 86, 2, 29.
(3) Cass. 25 fév. 1883, S. 86, 2, 29.

diate. Ce sont là des éléments d'appréciation qui sont en réalité étrangers à la difficulté qu'il s'agit de résoudre. Il peut arriver en effet, comme nous allons le prouver, que le législateur veuille ou ne veuille pas rétroagir quelle que soit *la nature* de la loi, quelle que soit *l'utilité* que présente son application immédiate. Le juge doit donc chercher à dégager la volonté du législateur uniquement du texte même de la loi, et de l'économie des dispositions diverses qui la composent. Si de cet examen ne résulte pas la preuve certaine que le législateur a voulu rétroagir, le juge demeure donc en présence de la règle posée par l'art. 2 de laquelle il résulte que, sauf disposition contraire implicite ou explicite, la loi ne rétroagit pas. Mais, pourrait-on objecter, cette manière de trancher la difficulté va réduire singulièrement les cas de dérogation tacite au principe de la non-rétroactivité.... Nous n'en disconvenons pas, mais c'est précisément là un des avantages de notre système qui met une barrière certaine à l'appréciation arbitraire du juge, et l'empêche de voir une loi rétroactive là où l'art. 2 ne permet de voir qu'une loi ordinaire.

Prenons maintenant pour exemple la loi du 3 septembre 1807 sur le taux de l'intérêt de l'argent, et supposons que l'art. 5 de cette loi, duquel il résulte surabondamment qu'elle n'est pas applicable aux stipulations d'intérêt antérieures à sa promulgation, n'ait pas été inséré dans le texte. Evidemment, il ne devrait y avoir aucune difficulté. Voilà une loi dont le texte est formel, rien n'indique qu'il doive s'appliquer au passé; cependant, avec la doctrine de la Cour de Caen, le juge appréciant la *nature* de la loi et estimant que c'est une loi d'ordre public, estimant en outre qu'il peut y avoir grande utilité dans son application immédiate à toutes les conventions en cours d'exécution, pourrait lui attribuer un effet rétroactif, contrairement à la volonté du législateur! — Le législateur, en effet, quand il veut faire une loi non-rétroactive, n'a pas besoin de

le dire; la règle de l'art. 2 suffit. Le rédacteur de la loi de 1807 n'avait donc pas besoin de dire que cette loi ne portait aucune atteinte aux droits acquis avant sa promulgation; en insérant cette superfétation inutile il semble qu'il ait prévu, pour la condamner, la doctrine que nous repoussons.

93. Ne faudrait-il pas, cependant, faire une exception pour les lois qui intéressent l'ordre public? Les auteurs, en général, et aussi la jurisprudence admettent que l'utilité sociale exige de donner immédiatement toute l'extension possible d'application aux lois qui intéressent l'ordre public; que par conséquent les lois d'ordre public doivent rétroagir de plein droit, c'est-à-dire quand même elles ne contiendraient pas une disposition formelle sur ce point. « Il serait absurde, dit M. Duvergier, de maintenir ce qui trouble l'ordre public, ce qui offense les bonnes mœurs; de laisser subsister le péril pour chaque citoyen, et l'anarchie dans le pays de peur de blesser le principe de la non-rétroactivité (1). » Mais il ne faut pas perdre de vue, que l'ordre public exige aussi que les droits acquis soient respectés, c'est-à-dire que le principe de la non-rétroactivité ne soit pas blessé. Or, il peut arriver que le législateur veuille innover sur un certain point, parce que l'ordre public semble l'exiger pour l'avenir, et qu'il veuille cependant respecter les droits acquis, parce que l'ordre public n'en exige pas le sacrifice. Mais c'est lui qui est juge de ces questions. La loi de 1807 le prouve encore. Le législateur a cru qu'il y avait des inconvénients à maintenir la liberté du taux de l'intérêt; en conséquence il édicte à cet égard certaines limitations. Or, il a toujours été reconnu que les lois limitant le taux de l'intérêt étaient des lois d'ordre public (2), cela n'a pas empêché le législateur de déclarer que la loi de 1807 ne rétroagirait pas.

(1) *Dissert. sur l'effet rétroactif des lois*, *Revue de dr. fr. et étr.*, t. II, p. 6.

(2) Cass. 15 novembre 1875, S. 76, 1, 69 et la note; Rennes, 13 mars 1876 et 24 fév. 1879, S. 79, 2, 257.

Il y a encore une autre raison pour que les lois dites d'ordre public, ne soient pas de plein droit rétroactives, c'est qu'il est assez difficile de se former une idée exacte de l'*ordre public* qui n'a pas d'existence objective, et qui n'est qu'un résultat. La même loi sera pour les uns une loi d'ordre public et une loi ordinaire pour les autres. Ainsi, les Cours de Lyon, de Toulouse et de Nancy n'ont pas hésité à déclarer que la disposition de la loi du 8 avril 1885, qui soustrait les marchés à terme à l'exception de jeu, n'avait pas le caractère d'une disposition d'ordre public et par conséquent ne pouvait avoir d'effet rétroactif (1). La Cour de Paris a au contraire jugé que cette même loi avait un caractère d'ordre public et, par conséquent, devait rétroagir (2). Ces diverses Cours ont toutes posé la question de la même manière : la loi envisagée est-elle une loi d'ordre public? Dans le cas de l'affirmative elle doit rétroagir; elle ne doit pas rétroagir dans le cas de la négative. Un tel point de vue est absolument faux; il faut uniquement rechercher si le législateur a voulu que cette loi, quel que soit d'ailleurs son caractère, rétroagisse ou ne rétroagisse pas.

94. Les lois interprétatives, c'est-à-dire celles qui déterminent le véritable sens d'une loi, le sens suivant lequel elle doit toujours être entendue, ne sont pas des lois nouvelles pouvant se trouver en conflit avec la loi interprétée; elles se confondent avec cette dernière. La loi interprétative a donc le même champ d'application que la loi interprétée.

95. Les questions de rétroactivité sont le plus ordinairement soulevées par la promulgation d'une loi nouvelle; elles peuvent l'être aussi par les faits suivants :

1° Par la qualification de civil ou militaire donnée réguliè-

(1) Lyon, 4 juin 1885; Toulouse, 7 juillet 1885; Nancy, 25 juillet 1885, S. 86, 2, 1.

(2) 6 juin et 19 juin 1885, S. 86, 2, 1.

rement, par l'autorité compétente, à un territoire situé en Algérie (V. *suprà*, n° 55).

2° Par le classement d'une place au rang de place de guerre (1). La décision régulièrement prise opère comme une loi ayant effet rétroactif, et soumet les propriétés voisines des fortifications à l'établissement de servitudes militaires ne donnant lieu à aucune indemnité (2).

3° Par l'annexion d'un territoire étranger. Le respect de la loi d'un pays annexé s'impose d'office aux tribunaux français, lorsqu'il s'agit de faits accomplis ou de droits nés avant l'annexion (3). La loi française, considérée comme loi nouvelle, ne peut être appliquée que sous le bénéfice de la non-rétroactivité.

§ 4. — Des effets et de l'application de la loi quant aux personnes et quant aux choses.

a) *Aperçus généraux sur l'ancienne théorie des statuts.*

96. — Sens du mot *personne* et du mot *chose*.
97. — Les lois d'un pays peuvent s'appliquer aux étrangers.
98. — Historique. Les pérégrins à Rome et les barbares.
99. — Résultats des invasions, personnalité des lois d'abord inconnue des barbares.
100. — Transformation des lois en coutumes *territoriales*.
101. — Nouveau principe de la *personnalité* des lois, distinct de l'ancienne personnalité des lois barbares.
102. — Origine de la *théorie des statuts ;* doctrine italienne.
102 *bis*. — Doctrine française.
103. — Doctrine hollandaise ; anglo-américaine.
104. — Point de vue des rédacteurs du Code civil.
105. — Texte de l'art. 3, C. C.
106. — Remarques sur ce texte.

96. Le mot *personne* désigne l'être humain considéré

(1) Voy. L. 10 juillet 1791 ; 17 juillet 1819 ; 10 juillet 1851 ; décret du 10 août 1853.

(2) Cass. 27 décembre 1869, D. 70, 1, 479.

(3) Cass. 22 janv. 1883, S. 84, 1, 25 ; Cass. 16 mars 1880, S. 82, 1, 174 ; Grenoble, 6 juillet 1882, S. 84, 2, 209.

comme pouvant être le *sujet* d'un droit; d'une manière générale on peut définir la personne : le sujet du droit.

A la personne on oppose la *chose*, *res* (1), désignant un être non capable d'avoir des droits, ne pouvant par conséquent jamais devenir le sujet d'un droit, étant seulement susceptible d'être l'*objet du droit*.

Le monde extérieur n'existant utilement que par la représentation que la conscience humaine peut s'en faire, on peut dire que l'individualité humaine existe seule. Si l'homme n'existait pas, les choses seraient comme n'existant pas, puisqu'il n'y aurait personne pour en constater l'existence.

Le droit, par conséquent, n'a été établi que pour les personnes. Les dispositions de loi qui paraissent ne concerner que les choses, ne s'occupent en réalité de la chose qu'à cause de la personne. A ce point de vue toutes les lois sont personnelles. Mais dans la terminologie qui a été adoptée, on appelle plus spécialement *personnelles* les lois qui ont pour but direct la réglementation de l'état et de la capacité des personnes; lois *réelles* celles qui ont pour but direct le régime à appliquer aux choses.

97. Ces principes posés, il faut maintenant se demander quelle est, dans chaque nation, l'étendue de l'empire de la loi. La loi d'un pays s'applique naturellement aux nationaux ayant leur résidence dans le pays. Mais s'applique-t-elle en même temps aux étrangers qui se trouvent dans le pays, et aux nationaux qui se trouvent à l'étranger? On voit tout de suite qu'il peut s'élever un conflit, entre la loi du pays et la loi étrangère, puisque les deux lois peuvent, sur le même point, contenir des dispositions différentes.

Mais d'abord, qu'est-ce qu'un étranger?

L'étranger est celui qui se trouve sur le territoire soumis à la souveraineté d'une nation, sans appartenir à cette na-

(1) Ex. : L. 14, D. 26, 2, *De test. tut.*

tion, ni à aucun groupe ou association de personnes soumis à cette nation.

D'un autre côté, l'unité politique d'une nation est compatible avec la diversité des lois régissant ses sujets. Par conséquent si l'on trouve dans une nation des individus ou des groupes d'individus régis par des lois particulières, cette circonstance ne doit pas faire considérer ces individus comme étrangers.

98. Ainsi à Rome, les pérégrins n'étaient pas des étrangers. C'étaient des sujets de l'empire régis par leurs statuts personnels (1). Les Romains avaient, en effet, toujours eu pour politique de laisser leur législation nationale aux populations réunies à l'empire. En agissant ainsi les Romains ont véritablement créé un système de la *personnalité des lois*. Mais ils n'ont pas été déterminés à agir ainsi par des vues humanitaires et cosmopolites; jamais ils n'ont songé à proclamer le principe moderne que l'*étranger*, dans le sens précis de l'expression, devait être admis à invoquer le bénéfice de sa loi nationale; ils ont seulement reconnu qu'il était *opportun* de laisser aux peuples vaincus et soumis la jouissance de leurs lois particulières (2).

Quant aux étrangers proprement dits, c'est-à-dire les barbares, il fallait distinguer : ceux qui, en vertu d'un traité, avaient été autorisés à s'établir, *comme nation*, sur un territoire dépendant de l'empire, continuèrent, naturellement, à être régis par leurs propres lois; quant aux autres, ils demeurèrent l'*ennemi*. Si un barbare isolé, appartenant à cette dernière catégorie, se trouvait, par l'effet des circonstances, à Rome ou dans quelque municipe, il ne pouvait invoquer ni

(1) Voy. Gaius, I, § 92, III, § 120, 121, 122; Ulpien, XX, § 14; *Vatic. frag.*, § 47.

(2) Voir dans le traité de Dr. romain de von Jhering, le chapitre intitulé : De *l'opportunité* chez les Romains, écrit bien avant l'apparition de ce qu'on a appelé l'*opportunisme*.

le droit romain, puisqu'il n'était pas Romain, ni le droit pérégrin, puisqu'il n'était pas pérégrin (1), ni son droit national puisque sa nation n'était pas au nombre de celles que l'empire reconnaissait. Cette situation ne pouvait être changée que par l'effet d'une concession individuelle, d'un rescrit opérant une sorte de naturalisation.

99. Les invasions barbares, bien loin de modifier une telle situation, ne firent que la confirmer en l'accentuant. Mais il faut se rendre compte de la manière dont se produisit un tel résultat. D'abord, il paraît aujourd'hui démontré que le système de la personnalité des lois était inconnu, avant l'invasion, des tribus germaniques à qui on a voulu en faire honneur. Il est certain que l'individu isolé qui se trouvait dans le territoire d'une tribu autre que la sienne, était obligé de se soumettre aux coutumes de la tribu qui l'avait reçu (2). Il est certain aussi qu'il devait en être autrement quand il s'agissait des tribus elles-mêmes qui s'étaient confédérées pour opérer les invasions d'abord dans les Gaules, et plus tard sur d'autres points de l'empire. Il va de soi que les tribus confédérées conservaient leurs lois particulières.

Les invasions eurent pour résultat de soumettre les Romains à la condition de vaincus, mais sans détruire l'empire qui conserva une existence nominale. Les tribus confédérées trouvèrent donc le principe de la personnalité des lois appliqué dans l'empire romain aux nations qui y étaient déjà établies, soit par l'effet d'un traité, soit par l'effet de la conquête. Les tribus l'adoptèrent pour leur compte, et l'appliquèrent aux populations vaincues d'origine romaine, ou gallo-romaine. Cette personnalité des lois n'avait pas le caractère d'un principe général et absolu reconnaissant à tout individu le droit

(1) Arg. Ulp. XX, 14.

(2) Voy. Ginouilhiac, *Hist. gén. du dr. fr.*, n° 78, et les textes importants cités à l'appui.

d'invoquer sa loi nationale; il n'avait d'application qu'entre les tribus confédérées qui, seules, avaient une existence reconnue. Il faut de plus remarquer que cette personnalité des lois barbares n'intervenait que dans le conflit des lois d'un même pays, entre les individus qui étaient sans doute de race différente, mais qui étant soumis au même pouvoir politique n'étaient pas étrangers les uns par rapport aux autres.

Cette personnalité des lois dura tant que le sentiment de la nationalité particulière put être conservé. Mais l'établissement de la féodalité ne tarda pas à faire disparaître ce sentiment. « Le morcellement de la souveraineté et du territoire isola les hommes de la même race les uns des autres, et à la place des rapports anciens qui existaient entre eux, il en créa de nouveaux entre des hommes de races différentes. C'est ainsi que les diverses parties du territoire étant devenues indépendantes les unes des autres, leurs habitants devinrent en quelque sorte étrangers les uns aux autres, tandis qu'un lien nouveau se forma entre tous les habitants du même lieu abstraction faite de leur origine (1). »

100. Cette confusion des races amena d'abord l'association et puis la confusion des lois. Les lois n'étant plus ravivées par une promulgation générale, ne se maintinrent plus que par l'usage, c'est-à-dire qu'elles furent transformées en coutumes et de même que les juges qui étaient chargés de les appliquer, habitants ou fonctionnaires du lieu, n'avaient qu'une autorité territoriale, elles devinrent aussi territoriales (2).

L'établissement de la féodalité eut pour résultat de rendre plus fréquente l'application de la définition que nous avons donnée de l'étranger. Dans chaque baronnie, celui-là est étran-

(1) Ginouilhac, *loc. cit.*, n° 260.
(2) *Ibid.*, n° 261.

ger qui n'est pas originaire de la baronnie. Mais à la fin de la féodalité, lorsque le roi grand fieffeux du royaume aura remplacé le grand feudataire, quand il se sera emparé du droit d'aubaine et ne l'appliquera plus qu'aux individus étrangers au royaume, celui-là seulement sera étranger qui ne sera pas originaire de la France. Alors apparaîtra la classe des *forains*, c'est-à-dire de Français appartenant à une autre seigneurie que celle où ils résident.

101. On comprend dès lors quelle était la nature des conflits pouvant s'élever quant à l'application des coutumes territoriales, lorsque le sujet d'une baronnie avait des intérêts à défendre dans une autre baronnie. Il est probable qu'à l'origine, et en toute matière, la coutume de chaque souveraineté était appliquée purement et simplement par le juge du lieu. Mais on ne tarda pas à reconnaître que parmi les dispositions diverses des coutumes, il en était certaines qui, par leur nature et leur but, pouvaient être considérées comme attachées à la personne, et devaient par conséquent s'étendre au delà du territoire de la coutume. On les appela *personnelles*. Nous voyons donc, après la rédaction des coutumes, surgir de nouveau le principe de la *personnalité des lois* destiné à tempérer le principe féodal de la *territorialité* qui était prépondérant dans le conflit des lois.

Mais cette personnalité des lois n'avait de commun que le nom avec la personnalité des lois barbares. M. Lainé a nettement indiqué les différences qui les séparent : « La personnalité des lois barbares, dit-il, était intervenue dans le conflit des lois d'un pays soumis au même pouvoir politique ; la nouvelle personnalité intervient dans le conflit des lois de plusieurs pays régis par des pouvoirs politiques distincts et indépendants ; l'une s'appliquait à une question de droit interne, l'autre s'applique à une question de droit international. Lorsque dans tel ou tel territoire, quelque disposition d'une coutume voisine est admise, ce n'est pas à titre de loi

propre à des personnes d'une certaine origine, c'est par esprit de justice et dans des vues d'utilité générale, bien qu'il s'agisse d'une loi étrangère. La nouvelle personnalité du droit signifie non plus l'application d'une loi particulière à une race d'hommes, mais application d'une loi territoriale dans un autre lieu que celui de son ressort. Aussi, tandis que l'ancienne personnalité du droit n'était autre chose que la coexistence paisible, sous le même empire politique, sur le même territoire, de lois parallèles, exerçant, chacune dans sa sphère et sur ses sujets propres, une autorité absolue, la nouvelle personnalité du droit apparaît comme le résultat du choc de deux souverainetés, comme un empiétement de l'une sur l'autre, comme l'effacement de la loi locale devant la loi étrangère (1). »

102. Les lois envisagées au point de vue du conflit que nous venons de préciser furent plus particulièrement appelées *statuts*. Il se forma donc une *théorie des statuts* à l'occasion des conflits qui se produisirent entre les coutumes ou les législations locales. C'est d'abord en Italie que la théorie des statuts prit naissance. Les cités italiennes indépendantes les unes des autres, animées par un esprit particulariste très prononcé, étaient principalement commerçantes. Aussi y eut-il nécessité de distinguer entre les statuts qui suivraient la personne sur le territoire étranger, et ceux qui devaient être restreints à l'étendue du territoire. Telle fut l'origine de la doctrine des statuts élaborée et finalement coordonnée par Barthole.

La doctrine italienne a pour base l'esprit de justice, et recherche dans le conflit des lois des solutions rationnelles, sans idées préconçues et sans esprit de système. Cette doctrine prévalut jusqu'au XVIe siècle et fut représentée en France par Dumoulin.

(1) LAINÉ, *Introd. au dr. intern. privé*, t. I, p. 65.

102 *bis*. Mais cette doctrine se heurta en France contre un principe féodal, oublié depuis longtemps dans les cités italiennes, celui de la territorialité stricte et absolue des coutumes, affirmé surtout par d'Argentré.

La doctrine française consiste principalement à diviser tous les statuts en deux classes, celle des statuts *réels*, et celle des statuts *personnels*. Les statuts réels conservent un empire absolu dans la coutume qu'ils régissent, mais ne peuvent s'étendre au delà de son territoire. Les statuts personnels, au contraire, peuvent s'effacer dans certains cas devant une législation étrangère, même dans le territoire de la coutume, mais aussi peuvent suivre leurs ressortissants dans le territoire d'une coutume étrangère. La réalité des statuts forme d'ailleurs la règle générale ; la personnalité n'est admise qu'à titre d'exception ; en cas de doute sur la nature d'un statut, il doit être réputé réel.

Mais, suivant la juste observation de M. Lainé, dont les études savantes ont éclairé d'un jour nouveau l'histoire de la théorie des statuts (1), si l'idée d'exterritorialité de certaines dispositions de lois n'occupe dans la doctrine française qu'une place restreinte, elle y a le caractère d'une règle dictée par la justice, comme dans la doctrine italienne. Elle se développe dans ce sens, et Bouhier, l'un des derniers successeurs de d'Argentré, renversant les rôles consacrés jusqu'à lui, n'hésita pas d'en faire désormais la règle du conflit des lois.

103. Le principe de justice devait donc l'emporter sur le principe de la souveraineté des lois. C'est pour empêcher un tel résultat, qu'en Hollande, dès la seconde moitié du XVIIe siècle, sous l'influence des idées féodales qui avaient conservé toute leur puissance, Jean Voet et Huber se séparèrent de d'Argentré et fondèrent une théorie nouvelle. Cette

(1) *Loc. cit.*, p. 53.

théorie avait pour base l'absolue et stricte territorialité des coutumes; l'exterritorialité ou personnalité n'était maintenue qu'à titre de concession purement gracieuse. L'indépendance souveraine des lois, tempérée par la courtoisie internationale (*comitas*), telle fut la troisième formule de la théorie des statuts, la doctrine hollandaise (1) devenue aujourd'hui la doctrine anglo-américaine.

104. Au moment de la confection du Code civil, la critique historique n'avait pas encore nettement distingué, comme aujourd'hui, entre la doctrine italienne, la doctrine française et la doctrine hollandaise; la grande division admise par les jurisconsultes, celle des *statuts personnels* et des *statuts réels*, qui avait sa principale application en matière de succession, était séduisante par son apparente simplicité. Les rédacteurs du Code civil sans vouloir la reproduire ont entendu simplement s'y référer. Voici comment ils ont procédé :

Ils ont d'abord reconnu que les lois de police et de sûreté devaient s'imposer indistinctement à toute personne. Ensuite ils ont distingué : les lois relatives à la détermination, à l'organisation, à la disposition des immeubles, notamment par voie d'hérédité, doivent régir absolument tous les immeubles situés en France. On ne pourrait en effet concevoir à l'égard de ces immeubles formant une partie du territoire français, l'intervention d'une loi étrangère. Mais l'état et la capacité des personnes doivent être régis par leur loi nationale. Par conséquent, tout en se référant à la doctrine des statuts qui existait en France au moment de la rédaction du Code, le législateur lui a seulement emprunté trois de ses règles, mises sur le même plan, présentées comme indépendantes et égales et formant la base du *droit international privé*. Nous pourrons, à l'aide des aperçus qui précèdent, nous rendre maintenant un compte exact des termes de l'art. 3.

(1) *Ibid.*

105.

Art. 3. Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.

Les immeubles, même ceux possédés par les étrangers, sont régis par la loi française.

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger (*).

106. Il convient de remarquer :

1° Que les rédacteurs du Code civil ont écarté les expressions de statut réel et de statut personnel;

2° Que, par suite, la doctrine n'est nullement dans la nécessité de répartir toutes les lois en deux classes pour apprécier, d'après cette classification, leur étendue d'application;

3° Que l'art. 3 ne présente pas la territorialité de la loi comme un principe au regard duquel toute autre règle serait exceptionnelle;

4° Que, par conséquent, en présence d'un texte ainsi envisagé et offrant certaines lacunes, notamment en ce qui touche les meubles, l'interprète a le droit de distinguer autant de groupes de lois qu'il le croira nécessaire, pour appliquer à chaque rapport de droit, en cas de conflit, la règle qui lui convient, sous l'impulsion du principe de justice.

Cette méthode pourra avoir pour conséquence de soumettre à la loi française d'autres rapports juridiques que ceux prévus par l'art. 3, comme aussi, dans certains cas, d'attribuer une plus grande compétence aux lois étrangères. C'est d'ailleurs la seule qui soit conforme aux principes qui dirigent aujourd'hui l'évolution scientifique en cette matière. En Belgique les rédacteurs du rapport sur le projet du titre préliminaire du Code civil révisé, n'ont pas hésité à déclarer que : « le projet répudie la doctrine dite de la courtoisie internationale, et admet l'intervention de la loi étrangère, non pas à titre de concession, mais comme une conséquence nécessaire des

(*) Art. 3. — Gaius, *Inst.* I § 92, III § 120, 121, 122, 134 ; Ulp. *frag.* XX § 14 ; *Vatic. frag.* § 47 ; Dosithée, *Disp. de Manumiss.*, § 12.

notions juridiques ; » ils ajoutent ailleurs : « Le projet conserve la distinction entre le statut réel et le statut personnel, mais il s'attache à n'attribuer à chacun de ces statuts que les matières qui leur sont propres d'après leur nature juridique (1). »

b) *Des lois de police et de sûreté.*

107. — Souveraineté et indépendance de chaque Etat.
108. — Les lois de police obligent tous ceux qui *habitent* le territoire ; — des portions du territoire occupées par une armée ennemie.
109. — De la loi du 27 mai 1885 sur la relégation des récidivistes ; de la loi sur les faillites.
110. — De la loi du 28 mars 1882 sur l'obligation de l'instruction primaire.
111. — Lois relatives au divorce et à la séparation de corps ; de la compétence des tribunaux français en cette matière.
112. — Les étrangers peuvent invoquer les avantages résultant des lois de police et de sûreté.
113. — Immunités des agents diplomatiques.
114. — Règles générales de compétence.

107. Chaque État étant souverain et indépendant, a le droit de prescrire sur son territoire par des lois proprement dites, ou par des règlements ou arrêtés, les mesures ayant pour objet la sûreté des personnes, et des propriétés, le bon ordre, la salubrité publique, comme aussi la prévention et la répression des crimes, des délits et des contraventions.

En cette matière, comme en tout autre, le pouvoir social, dans chaque État, est l'expression de la volonté souveraine du peuple et est seul chargé de la mission de faire respecter la justice et les bonnes mœurs sur son territoire. Il suffit de constater un aussi évident axiome, et on est surpris de trouver dans des écrits modernes des assertions aussi étranges que les suivantes : « Il faut reconnaître certaines restrictions

(1) Voy. LAINÉ, *communic.* faite à la *Société de légis. comp.*, *Bulletin*, 1890, p. 341.

à cette *prétendue* (!) souveraineté. L'Etat n'est que le *mandataire du genre humain* (!!) sur son territoire : et s'il se trouvait impuissant à maintenir l'ordre public et les bonnes mœurs, ou s'il faiblissait à son devoir, les peuples voisins auraient le droit d'intervenir et de faire par eux-mêmes une *police internationale* (!!!) (1). »

108. Les lois dont nous venons de parler obligent tous ceux qui, d'après le texte de l'art. 3, § 1, *habitent le territoire* français. L'expression ne doit pas être prise à la lettre, elle s'applique à tous ceux qui se trouvent sur le territoire de la République, quelle que soit la durée de leur séjour en France. Les étrangers qui jouissent du bénéfice de ces lois doivent naturellement les observer.

Le territoire comprend la totalité du sol soumise à la souveraineté politique de la nation. Les parties occupées par une armée d'invasion ne seraient pas soustraites à l'application du premier paragraphe de l'art. 3. Par conséquent les sujets d'une nation ennemie restés en France, pendant la durée de la guerre, malgré le décret d'expulsion, demeurent soumis aux lois de police et de sûreté, même dans les pays occupés par l'ennemi (2).

Les navires portant pavillon français sont assimilés au territoire, et par suite la loi française est applicable à tous les faits délictueux commis par les personnes qui sont à bord (3).

Les étrangers se trouvant en France ne sont soumis qu'à l'observation des lois de police et de sûreté, c'est-à-dire aux lois qui présentent un caractère pénal. D'après Demolombe, l'art. 3, § 1 « doit s'entendre dans un sens plus vaste, de tout

(1) L. Durand, *Essai de dr. intern. privé*, 1884, ouvrage couronné par la faculté catholique de Lyon, et par l'Académie de législ. de Toulouse, p. 243.

(2) Cass. 18 juillet 1874, S. 75, 1, 136.

(3) Cass. 11 fév. 1881, S. 82, 1, 433.

ce qui concerne l'ordre public (1). » — Mais rien de plus insaisissable que cette notion de l'ordre public, et les tribunaux eux-mêmes, nous avons eu l'occasion de le remarquer, ne sont pas toujours d'accord lorsqu'il s'agit de savoir si une loi a le caractère d'ordre public.

109. Il y a des cas où il ne saurait y avoir aucune espèce de doute ; ainsi, la loi du 27 mai 1885 sur la relégation des récidivistes est bien certainement une loi de police et de sûreté. Elle doit donc s'appliquer aux étrangers, même à ceux qui seraient sous le coup d'un arrêté d'expulsion auquel ils auraient contrevenu (2).

On peut encore soutenir et la jurisprudence reconnaît depuis longtemps, que la loi sur les faillites est une loi de police, applicable même aux étrangers faisant le commerce en France (3), et que par suite une société de commerce qui a son siège à l'étranger, avec une succursale en France, peut être déclarée en faillite en France (4).

110. Quelquefois la difficulté est plus difficile à trancher. C'est ce qui a lieu pour la loi du 28 mars 1882 qui établit l'obligation de l'instruction primaire. Doit-elle s'appliquer aux étrangers ? Il existe à cet égard deux décisions du ministre de l'instruction publique ; l'une adressée à l'administrateur du territoire de Belfort, déclare cette loi applicable aux enfants d'étrangers comme loi de police et de sûreté ; l'autre moins absolue adressée au préfet de Seine-et-Marne, la déclare applicable aux enfants d'étrangers *admis à domicile*.

(1) Demol., t. I, n° 70.

(2) Cass. 5 mars 1886, S. 86, 1, 327 ; Limoges, 11 fév. 1886 ; Grenoble, 17 mars 1886, S. 86, 2, 138.

(3) Cass. 4 fév. 1855, S. 56, 1, 200 ; Paris, 20 mai 1878, S. 80, 2, 193. Voy. note, renvois et autorités citées ; comp. Paris, 7 mars 1878, S. 79, 2, 164.

(4) Paris, 17 juillet 1877, S. 80, 2, 195 et les arrêts et autorités cités en note.

C'est la première décision qui est la bonne. La loi du 28 mars 1882 a considéré l'instruction primaire comme un moyen moralisateur pouvant amener la diminution des faits délictueux sur le territoire français, il faut donc l'appliquer à tous ceux qui résident sur ce territoire.

111. Les lois relatives au divorce ou à la séparation ne peuvent être considérées comme des lois de police ou de sûreté. D'un autre côté, la jurisprudence française admettant que les tribunaux français sont seuls compétents pour statuer sur les questions d'état intéressant les Français, refuse de connaître de semblables questions qui leur seraient déférées par des étrangers résidant en France (V. n° 157). Les tribunaux français sont donc, en principe, incompétents pour connaître d'une action en divorce ou en séparation entre étrangers non autorisés à établir leur domicile en France (1). Les parties doivent donc être renvoyées à se pourvoir devant leurs juges nationaux. Mais la qualité d'étranger ne saurait aboutir à un déni de justice, aussi a-t-il été justement décidé, et la jurisprudence paraît entrer résolument dans cette voie, que la compétence des tribunaux français devient obligatoire, lorsque l'étranger qui soulève l'exception d'incompétence est dans l'impossibilité d'indiquer le tribunal devant lequel doit être portée la contestation (2).

La jurisprudence admet encore que les tribunaux français saisis d'une action en divorce ou en séparation entre époux étrangers, sont compétents pour statuer sur les mesures provisoires sollicitées par la femme, telles que : remise d'effets, pensions alimentaires, etc. (3).

(1) Dijon, 7 avril 1887, S. 88, 2, 93, note 1 ; Amiens, 24 août 1880, S. 82, 2, 80 et la note.

(2) Dijon, 7 avril 1887, S. 88, 2, 93. V. autorités citées à la note 4. Trib. civ. Seine, 16 décembre 1889, *J. dr. intern. privé*, 89, 813 ; Trib. civ. Seine 11 décembre 1889, *J. dr. intern. pr.*, 89, p. 814.

(3) Amiens, 12 décembre 1888, S. 89, 2, 12, et la note ; Alger,

Il est du reste reconnu, d'une manière générale, que les mesures dites provisoires, telles que l'apposition des scellés, etc., rentrent dans le domaine des lois de police et de sûreté applicables aux étrangers (1).

112. Les étrangers ainsi soumis à l'observation des lois de police et de sûreté, ont naturellement le droit de profiter des avantages que ces lois peuvent leur procurer. Par conséquent si certains industriels sont soumis à des obligations spéciales envers les travailleurs qu'ils emploient, les travailleurs étrangers peuvent en invoquer le bénéfice et ont le droit d'en profiter. Ainsi, la loi du 19 mai-3 juin 1874 sur le travail des enfants dans les manufactures édicte certaines dispositions en vue de l'hygiène et du développement physique de l'enfant. C'est une loi de police et de sûreté qui doit profiter aux apprentis étrangers comme aux autres, et dont l'observation s'impose aux patrons vis-à-vis d'eux (2). On s'est demandé si les constructeurs français qui établissent des chaudières à vapeur destinées à l'exportation, sont tenus d'observer les prescriptions de police concernant les machines destinées à fonctionner en France?

On admet que les règles prescrites à cet égard par le décret du 25 janvier 1865, ont deux objets distincts : 1° la fabrication, la vente, la livraison des chaudières, abstraction faite de leur destination; 2° l'emploi, l'usage, la destination même des appareils montés et agencés; tout ceci échappe au régime français comme ayant lieu hors de France. Mais il n'en est pas de même de la fabrication (3).

26 décembre 1888, Rec. d'Alger, 89, 198; trib. Marseille, 14 décembre 1888, Rec. d'Aix, 89, 65.

(1) Amiens, 24 août 1880, S. 82, 2, 80; conf. Metz, 26 juillet 1865, S. 66, 2, 227, avec les arrêts et autorités cités en note.

(2) Aix, 7 fév. 1884, S. 84, 2, 57.

(3) V. note sur un arrêt de Lyon, 14 juillet 1877, S. 78, 2, 1.

113. On dit généralement que l'art. 3 § 1 ne s'applique pas aux ambassadeurs protégés par leur caractère diplomatique ; cela n'est pas tout à fait exact. Les représentants diplomatiques des puissances étrangères doivent, comme tout le monde, respecter les lois de police et de sûreté. Seulement s'ils violent ces lois, on ne peut leur appliquer la sanction qui atteint les simples particuliers. Le gouvernement aurait à prendre dans ce cas les mesures convenables.

Les agents consulaires ne pouvant être assimilés aux agents diplomatiques, ne jouissent pas de ce bénéfice d'exterritorialité pour les actions pénales dirigées contre eux ; ils sont donc, sauf stipulations contraires insérées dans les traités, justiciables des tribunaux du pays où ils exercent leurs fonctions (1).

De tout de qui précède il résulte que les lois de police et de sûreté ont véritablement reçu le caractère de lois *réelles*.

114. Les tribunaux français sont donc compétents pour statuer sur toutes les actions civiles résultant de faits commis en France, constituant la violation d'une loi de police ou de sûreté, ou d'une loi considérée comme telle ; peu importe que l'action soit introduite par un étranger contre un étranger, par un étranger contre un Français, ou par un Français contre un étranger. Cette compétence est obligatoire pour les tribunaux français, et le défendeur étranger, mais non domicilié, ne pourrait pas utilement demander son renvoi devant les juges de sa nation.

c) *Des lois concernant les immeubles.*

115. — Signification et portée de l'art. 3, § 2, relatif aux immeubles.
116. — Les immeubles individuels sont régis par la *lex rei sitûs*.

(1) Paris, 8 janv. 1886, S. 87, 2, 13, et les autorités citées en note ; Poitiers, 4 novembre 1886, S. 87, 2, 14 ; Paris, 30 juin 1876, S. 77, 2, 17, note.

117. — Applications : 1° détermination de la nature immobilière d'un bien.
118. — 2° Détermination de la nationalité d'une parcelle de territoire.
119. — 3° Détermination des droits réels pouvant affecter un immeuble.
120. — 4° Modes d'aliénation d'acquisition, etc., des immeubles.
121. — 5° Compétence des tribunaux français en matière immobilière.
122. — Des immeubles considérés comme dépendant de la succession d'un étranger ; ils forment l'objet principal, sinon exclusif, de l'art. 3, § 2.
123. — Le législateur a voulu consacrer la prépondérance de la *lex rei situs* en matière de succession.
124. — Les traités diplomatiques le démontrent.
125. — De la jurisprudence en cette matière : applications diverses.
126. — Opinion de quelques auteurs voulant restreindre la portée de l'art. 3, § 2, aux seuls immeubles individuels.
127. — Critique de la doctrine consacrée par l'art. 3, § 2.
128. — Nécessité d'une réforme, déjà réalisée par le Code italien, et actuellement en préparation en Belgique.
129. — Renvoi pour les lois autres que les lois de succession pouvant affecter les immeubles.

115. Le second paragraphe de l'art. 3, C. C., ne parle textuellement que des *immeubles* situés en France pour les déclarer soumis à la loi française, même lorsqu'ils sont possédés par des étrangers. Ce paragraphe est manifestement rédigé en opposition avec le paragraphe suivant qui ne s'occupe que des *personnes*. Il est certain, d'après les travaux préparatoires du Code, que les rédacteurs de l'art. 3 en opposant ainsi le paragraphe concernant les immeubles au paragraphe concernant les personnes se sont référés à l'ancienne division bipartite des statuts en statuts réels et statuts personnels. Mais il ne faut pas conclure de là qu'ils ont voulu consacrer absolument et dans son entier la théorie traditionnelle des statuts, et considérer, par suite, comme rentrant dans le statut réel tout ce que les anciens auteurs y faisaient rentrer. Une telle opinion serait arbitraire, divinatoire et

excessive. L'art. 3 éclairé par la discussion à laquelle il a donné lieu permet seulement de soutenir qu'une division générale des lois en lois de statut réel et lois de statut personnel peut, aujourd'hui encore, être admise comme dans l'ancien droit, mais rien de plus. C'est à la doctrine, vu l'insuffisance du texte, qu'il appartient de déterminer quel est le véritable domaine du statut réel et celui du statut personnel, non pas d'après une législation idéale et parfaite, mais d'après la théorie, telle quelle, du Code civil, et sans être liée par les doctrines qui prévalaient dans l'ancien droit, tout en tenant compte de la terminologie ordinairement employée en cette matière.

116. La formule du second paragraphe de l'art. 3 doit être remarquée :

« *Les immeubles* (situés en France), *même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.* »

La loi parle des *immeubles possédés*... Une telle expression s'applique d'abord, sans doute possible, aux immeubles envisagés *individuellement* et possédés par un étranger vivant. Mais, ainsi envisagé, le texte paraît vraiment inutile. Il est certain, en effet, que, dans tous les pays, la condition intrinsèque des biens est réglée d'une manière absolue, abstraction faite de la nationalité du propriétaire. Ainsi, par exemple, les propriétaires du sol sont soumis uniquement à raison de leur qualité de propriétaires, et non comme français ou étrangers, à l'impôt foncier, à l'expropriation pour cause d'utilité publique, à l'alignement, à la servitude d'extraction des matériaux et à l'occupation temporaire; à l'interdiction de bâtir près des forteresses, de cultiver le tabac, d'établir des salines, etc.

Les propriétaires sont également soumis en leur seule qualité de propriétaires aux règles concernant la mitoyenneté, la distance à observer pour certains ouvrages, les prohibitions concernant les servitudes ou droits réels qui affec-

teraient un caractère féodal, en un mot à toutes les règles dont l'ensemble constitue le régime légal de la propriété du sol. Ces règles rentrent naturellement dans le statut réel, et l'art. 3, § 2, n'avait pas besoin d'être rédigé pour qu'il en soit ainsi.

Réciproquement, il faut reconnaître que les immeubles possédés à l'étranger par des Français doivent être régis par la loi étrangère; ce qui revient à poser cette règle de droit international privé, que les immeubles (individuels) doivent être régis par la loi de leur situation, *lex rei sitûs*.

117. Il faut appliquer cette solution :

1° A la détermination de la nature mobilière ou immobilière d'un bien. Cette détermination a une grande importance; car selon que tel bien sera meuble ou immeuble, tel droit réel, tel mode d'aliénation ou tel impôt lui sera ou ne lui sera pas applicable. Or, en pareille matière, la question de savoir si certains biens sont meubles ou immeubles ne peut évidemment être régie que par la loi du pays où ils se trouvent (*lex rei sitûs*), et cette règle est vraie en matière fiscale comme en matière civile (1).

118. 2° A la détermination de la nationalité d'une parcelle quelconque du territoire, quelle que soit son affectation; ainsi, la nationalité d'un chemin de fer est absolument indépendante de la nationalité de celui qui peut en avoir comme propriétaire ou concessionnaire la possession et la jouissance; elle se détermine par la souveraineté nationale dont il relève, et par le statut réel qui le régit (2).

119. 3° A la détermination des droits réels qui peuvent affecter un immeuble. Ainsi de ce que les immeubles situés en France, mais appartenant à des étrangers, sont régis par

(1) Cass. 6 avril 1887, S. 89, 1, 387, et la note; comp. Cass. 28 juillet 1862, S. 62, 1, 968 ; Cass. 15 juillet 1885, S. 86, 1, 225.

(2) Douai, 9 août 1882, S. 84, 2, 26 ; V. art. de M. L. Renault, *Revue critique*, 1883, p. 705.

la loi française, il suit qu'on ne saurait prétendre exercer sur ces immeubles des droits réels que ne reconnaît pas la loi française. La Cour de cassation a consacré ce principe qui est d'ailleurs incontestable. Mais elle en a fait une application inexacte, en décidant qu'il devait en être ainsi du douaire, légal ou conventionnel, réclamé en vertu d'une loi étrangère, par une veuve, sur un immeuble situé en France et appartenant à son mari étranger (1). Le douaire n'est pas en effet un droit réel contraire à l'économie des lois modernes; c'est tout simplement un droit de propriété tel que le reconnaît le Code civil.

120. 4° Aux modes d'acquisition et d'aliénation dont les immeubles sont susceptibles; aux modes de constitution et d'extinction auxquels sont soumis les droits réels qui les affectent; à la nature et aux effets de la possession et aux modes d'exécution dont ils peuvent être l'objet.

121. 5° A la compétence exclusive et obligatoire des tribunaux français pour toutes les actions réelles immobilières ou mixtes dérivant des points ci-dessus indiqués, notamment les actions en partage (2). Les tribunaux français ne pourraient se dessaisir de la connaissance des litiges de cette nature portés devant eux, et tout déclinatoire de leur compétence de la part d'un défendeur étranger serait irrecevable.

Les solutions qui précèdent sont vraies en vertu de cette nécessité invincible qui ne permet pas que des immeubles formant une partie intégrante du sol français, soient, quant à leur condition intrinsèque, à leur régime légal, soumis à une législation étrangère. Il est même impossible de concevoir sérieusement sur ce point un conflit entre la loi française et une loi étrangère. Concevrait-on qu'un étranger propriétaire d'un immeuble en France voulut s'affranchir des règles con-

(1) Cass. 4 avril 1881, S. 83, 1, 65.
(2) Paris, 29 juin 1888, *Gaz. Pal.*, 89, *supp.* 42.

cernant, par exemple, la mitoyenneté, l'alignement, la prohibition de bâtir près d'une forteresse, etc., sous prétexte que, dans son pays, de tels règlements n'existent pas, ou sont différents !

122. Il en est tout autrement quand il s'agit d'immeubles situés en France, considérés, non pas en eux-mêmes, et isolément, mais comme dépendants d'une succession ouverte par le décès d'un étranger qui en était propriétaire. On peut se demander, en effet, si la transmission de cet immeuble, par voie de succession, doit avoir lieu selon les règles de la loi française ou de la loi étrangère. Quelle que soit la solution adoptée, le régime légal de l'immeuble, sa condition intrinsèque, seront les mêmes, et les solutions ci-dessus indiquées seront toujours applicables. Mais l'esprit peut concevoir que la dévolution ou transmission de cet immeuble s'opère en vertu d'une loi étrangère, ou en vertu de la loi française.

Or, c'est précisément à ce point de vue que les rédacteurs du Code civil ont voulu se placer, quand ils ont déclaré dans l'art. 3, que les immeubles situés en France, même possédés par des étrangers, étaient régis par la loi française. En statuant ainsi, ils ont eu principalement en vue les immeubles dépendant de la succession d'un étranger. Les anciens auteurs s'exprimaient de la même manière ; quand ils dissertaient sur la loi à appliquer aux immeubles possédés en France par des étrangers, ils n'entendaient parler que des immeubles dépendant d'une succession. Les rédacteurs du Code civil ont adopté une formule consacrée par l'usage en lui conservant le sens que lui donnait ce même usage. Il faut donc lire l'art. 3, § 2, comme s'il était ainsi conçu : « *Les immeubles situés en France, et possédés par des étrangers sont soumis à la loi française pour leur transmission par succession.* »

Donc les auteurs qui se demandent si la disposition que nous examinons peut être appliquée ou étendue aux successions, posent une question oiseuse et qui n'existe pas, puis-

que l'art. 3, § 2, a été fait principalement, sinon exclusivement, pour les transmissions d'immeubles par succession. L'intérêt qu'il peut y avoir à vérifier la nationalité d'un propriétaire n'apparaît, en fait, qu'après sa mort, comme le démontrent les nombreuses espèces traitées par la jurisprudence. Et, chose remarquable, il en est ainsi, même pour les questions relatives à la condition intrinsèque des immeubles que nous avons examinées plus haut, et qui n'ont surgi qu'après le décès du propriétaire, c'est-à-dire à l'occasion d'un intérêt successoral. L'art. 3, § 2, n'aurait donc qu'un champ d'application à peu près nul, s'il n'était pas entendu comme nous soutenons qu'il doit l'être.

123. Les rédacteurs du Code civil, cela n'est pas douteux, ont donc voulu trancher le conflit des lois qui s'élève souvent en matière de succession. Ils l'ont tranché en adoptant sur ce point l'opinion alors dominante, et qui n'était pas la meilleure.

Il est certain en effet, que le conflit des lois qui s'élève en matière de successions, de donations et de testaments, se règle aujourd'hui comme autrefois, par la prépondérance de la *lex rei sitûs*. S'agit-il de succession mobilière, c'est la loi du lieu où les meubles sont tous fictivement situés, c'est-à-dire la loi du domicile du défunt qui est appliquée. S'agit-il de succession immobilière, on observe pour chaque immeuble la loi du lieu où il est réellement situé, de sorte que si la succession comprend plusieurs immeubles situés en divers pays, on se trouve dans la nécessité de distinguer pour le même patrimoine autant de successions qu'il y a de lois territoriales en présence. Dans les deux cas on suit une règle traditionnelle qui remonte sans interruption jusqu'au XIIIe siècle (1).

124. C'est cette règle traditionnelle que le Code a voulu

(1) LAINÉ, *Bulletin de la Soc. de légis. comparée*, 1890, p. 529.

maintenir en reproduisant textuellement la partie de la formule concernant les immeubles (dépendant d'une succession). Il ne peut à cet égard y avoir le moindre doute. Le gouvernement français lui-même, faisant office de législateur, affirme toujours, dans les traités passés avec les nations étrangères, la prépondérance, en notre matière, de la *lex rei situs*.

Nous citerons comme exemples :

1° Le traité du 11 décembre 1866, conclu avec l'Autriche-Hongrie, relatif au *règlement des successions* (1), dont l'art. 2 porte : *les biens immobiliers sont régis par la loi locale ;*

2° Le traité franco-suisse du 15 juin 1869, sur *la compétence judiciaire*, etc. (2), dont l'art. 5 est ainsi conçu : *Toutefois, ou devra pour le partage, la licitation ou la vente des immeubles se conformer aux lois du pays de la situation ;*

3° Le traité franco-russe du 1er avril 1874 sur le *règlement des successions* (3) dont l'art. 10 porte : *La succession aux biens immobiliers sera régie par les lois du pays dans lequel les immeubles seront situés.*

Or, il importe de remarquer que dans tous ces documents diplomatiques l'affirmation de la prédominance de la loi territoriale ne se produit pas comme une réforme ou innovation par rapport à un état antérieur, mais comme la constatation d'un état actuel reconnu par les parties contractantes.

125. La jurisprudence se conforme donc à ce qui est reconnu être l'état légal actuel, quand elle décide invariablement que la dévolution d'une succession doit être réglée par la loi de la situation des biens pour déterminer ceux qui doivent succéder, à quels biens et pour quelles portions. Cette règle reçoit son application aux successions testamentaires ou *ab intestat*, ordinaires ou anomales, aux institutions contrac-

(1) *Officiel*, 27 décembre 1866 ; *Bulletin* 1447, n° 14746.
(2) *Officiel*, 2 novembre 1869 ; *Bulletin* 1758, n° 17264.
(3) *Officiel*, 20 juin 1874 ; *Bulletin* 209, n° 3143.

tuelles (1) etc., d'où on tire cette conséquence que le droit de représentation est également régi par la loi de la situation (2). Les lois sur la réserve et la quotité disponible rentrent également dans le statut réel, puisque la réserve n'est qu'une partie de la succession *ab intestat* (3).

La doctrine et la jurisprudence sont généralement d'accord pour faire encore rentrer dans le statut réel :

L'art. 907 limitant la capacité de disposer du mineur au profit de son tuteur (4);

La disposition de l'art. 908 limitant la part de l'enfant naturel;

Les lois qui défendent à la femme de s'obliger pour son mari (5); mais ce point est sujet à contestation;

La prohibition faite aux époux de s'avantager mutuellement (6);

La loi qui défend au mari d'aliéner les immeubles de la femme;

Celle qui règle l'aliénabilité ou l'inaliénabilité de la dot (7).

Ces solutions nous paraissent excessives.

Même en reconnaissant que l'art. 3 § 2, C. C., a voulu consacrer la théorie traditionnelle des statuts, en ce qui touche les successions immobilières, on pourrait, croyons-nous, soutenir que les dispositions qui viennent d'être citées contiennent en

(1) Cass. 2 avril 1884, S. 86, 1, 121; V. note importante sur les divers systèmes proposés dans le cas où le *de cujus* laisse des biens dans sa patrie et en dehors de sa patrie; Comp. Martinique, 18 mai 1878, S. 2, 238, note ; Poitiers, 4 juillet 1887 et les notes.

(2) Besançon, 25 juillet 1876, S. 79, 2, 249, note.

(3) Cass. 20 fév. 1882, S. 82, 1, 145 ; Cass. 4 avril 1881, *Bull. civ.*, n° 62 ; Poitiers, 4 juillet 1887, S. 88, 2, 195 et la note.

(4) Dalloz, *Répert.*, v° *Lois*, n° 411.

(5) Cass. 25 mars 1840, Dalloz, *Répert.*, v° *Lois*, n° 411 ; voy. cep. Chambéry, 19 novembre 1877, S. 78, 2, 5.

(6) Cass. 4 mars 1857, D. 57, 1, 102.

(7) Dalloz, *Répert.*, v° *Lois*, n° 412.

réalité des règles de capacité, et par conséquent, doivent être rattachées au statut personnel (1). Mais il serait difficile de réagir utilement contre une jurisprudence qui ne se dément pas, et dont la pratique doit tenir compte.

126. Quelques auteurs ont voulu même aller plus loin, et ont essayé de soutenir que l'art. 3 § 2 ne pouvait être considéré comme contenant la consécration de la théorie traditionnelle des statuts en ce qui touche les successions immobilières. Cette opinion repose principalement sur cette remarque que le texte parle uniquement des immeubles et non d'une universalité de droits ; on a vu déjà ce que vaut l'argument. Quant aux autres considérations alléguées par les mêmes auteurs, elles seraient excellentes pour faire changer la loi, mais ne sauraient prévaloir contre une règle traditionnelle que les auteurs du Code ont voulu conserver (2).

127. Que faut-il penser maintenant de ces principes traditionnels eux-mêmes? La doctrine qui place les successions dans le statut réel a toujours soulevé les plus énergiques protestations. Salicet, Bartole, Cujas, Savigny et bien d'autres ont démontré que la dévolution des successions doit dépendre au contraire du statut personnel. « Si, d'après nos textes, dit M. Laurent, la loi qui régit les successions est un statut réel, il est certain que, d'après les vrais principes, le statut est personnel (3). » C'est qu'en effet, il est impossible d'appliquer à la succession la loi du statut réel : « Parmi toutes les manifestations du droit, lisons-nous dans le rapport de la commission pour la révision du Code belge, il n'en est pas qui soit dominée plus exclusivement par la considération de la

(1) LAURENT, t. I, nº 110 à 115.

(2) Voy. ZACHARIÆ, t. I, § 31, nº 4 ; ARNTZ, *Cours de dr. civ. fr.*, t. I, p. 72 ; BERTAULD, *Questions pratiques*, p. 56, nº 75 et suiv.; DUBOIS, *J. du dr. intern. privé*, 1875, t. II, p. 61, 54 ; DURAND, *Essai de dr. intern. pr.*, p. 394 et suiv.

(3) T. I, nº 109.

personne. Volonté présumée ou expresse du défunt, raisons, supposées ou effectives d'affection envers telles ou telles personnes, rapports de famille, protection due à la famille contre certains écarts des dispositions, tous ces éléments de la matière des successions sont étrangers à la notion du statut réel; tous se rattachent au contraire au statut personnel..... Il n'est pas d'objet de droit qui soit, autant que la succession, influencé par l'état, la capacité des personnes et leurs rapports de famille. Quand le législaieur d'un pays déterminé arrête les conditions du délaissement des biens pour cause de mort, les divers ordres d'héritiers, et les parts qu'ils doivent recevoir, il tient exclusivement compte de l'organisation de la famille, telle qu'elle résulte des mœurs et des traditions nationales. Quand ce législateur pose des limites au droit de disposer à titre gratuit, il a égard aux devoirs que le chef de famille a envers ses parents, et il n'apprécie pas ces devoirs d'après des idées abstraites et absolues, mais bien d'après les idées qui sont acceptées dans le pays (1). »

Mais, pourrait-on objecter avec M. Demolombe : « La transmission du patrimoine est subordonnée aux principes politiques de chaque État, suivant qu'ils favorisent l'égalité ou l'inégalité des partages, le morcellement ou la concentration des fortunes (2). » Il suffit de répondre que ces choses intéressent seulement l'État où se trouve la famille ainsi protégée, et non l'État où se trouvent les immeubles de la succession.

La jurisprudence met encore en avant les considérations d'ordre public qui président à la transmission des biens, à la réserve, etc., il faut répondre avec M. Labbé : « Nous comprenons que les principes de la réserve soient mis au nombre de ceux auxquels la volonté des particuliers ne peut pas

(1) Cité par M. Lainé, *Bulletin de la Soc. de législ. comp.*, 1890, p. 534, 535.

(2) T. I, p. 106, n° 91 ; — Valette sur Proudhon, sur *l'état des personnes*, t. I, p. 98.

déroger... Mais que l'ordre public, en France, reçoive une atteinte parce qu'un fils étranger succédant à son père étranger n'aura pas la réserve que la loi française assure aux héritiers français, notre esprit ne le conçoit pas (1). »

128. Une réforme de notre Code civil s'impose donc sur la matière qui nous occupe. La France a déjà été devancée à cet égard, par certaines nations étrangères.

Ainsi le Code civil italien, dans l'art. 8 de ses dispositions générales, porte :

« Les successions légitimes et testamentaires, en ce qui concerne soit l'ordre successoral, soit la quotité des droits successoraux et la validité intrinsèque des dispositions, sont réglées par la loi de la nation de celui dont l'hérédité est ouverte, quels que soient la nature des biens et le pays où ils se trouvent. »

Les rédacteurs du Code italien reconnaissaient qu'il s'agissait d'un principe tout à fait nouveau « en opposition avec la règle *tot hereditates quot territoria*, » et M. Vacca s'écriait : « En sanctionnant la première un principe aussi libéral, aussi généreux, sans se préoccuper de la réciprocité, la législation italienne donne au monde civilisé un grand exemple qui devra être imité (2). »

C'est ce qui est arrivé; l'art. 8 du Code italien a servi de modèle à l'art. 6 du titre préliminaire du projet de Code civil belge, ainsi conçu :

« Les successions sont réglées d'après la loi nationale du défunt. — La substance et les effets des donations et des testaments sont régis par la loi nationale du disposant. — L'application de la loi nationale du défunt ou du disposant a lieu quels que soient la nature des biens et le pays où ils se trouvent. »

(1) Note sous l'arrêt de Cass. 20 fév. 1882, S. 82, 1, 145.
(2) Foschini, *Motivi del Codice*, Chieti, 1867, p. 21.

129. Les immeubles peuvent être affectés directement ou indirectement par des lois autres que les lois de successions. Que faut-il décider, par exemple, des lois qui accordent une hypothèque légale à certaines personnes? Ces lois rentrent-elles dans le statut réel ou dans le statut personnel? L'examen de ces difficultés trouvera plus naturellement sa place quand nous parlerons des droits qui appartiennent aux étrangers.

d) *Des lois concernant les meubles — spécialement des meubles individuels.*

130. — Sens de la règle : *mobilia sequuntur personam*, implicitement conservée par le Code civil.
131. — Les meubles individuels doivent être soumis à la *lex rei sitûs*.
132. — Applications : 1° à la détermination de la nature d'un bien; 2° des droits réels dont un meuble peut être grevé; 3° des modes de transmission, spécialement pour les traites négociables et les navires;
133. — 4° à l'accession et à la spécification, à la possession et à la prescription des meubles, à leur attribution par déshérence.
134. — Des meubles incorporels; les droits de créance sont situés au domicile du débiteur.
135. — De la compétence des tribunaux français en matière personnelle et mobilière.

130. Nous avons constaté plus haut que, dans l'ancienne jurisprudence coutumière, le conflit des lois, en matière de succession mobilière, se réglait, comme pour les immeubles, par la prépondérance de la *lex rei sitûs*. Les meubles furent considérés comme étant situés tous au lieu du domicile du défunt. Tel fut le sens primitif de la règle : *mobilia sequuntur personam*, qui, originairement, n'avait en vue que les successions mobilières et les universalités de meubles. Or, cette règle, à raison précisément des termes généraux de la formule qui la consacrait, fut généralisée elle-même et étendue irrationnellement aux meubles considérés individuellement. Mais, à ce second point de vue, elle dut subir, par la force

des choses, des restrictions tellement nombreuses que son application fut presque neutralisée.

Le Code civil n'a pas textuellement reproduit cette règle, et même ne s'occupe pas nommément des meubles. Comment faut-il interpréter ce silence?

Il est certain que la règle *mobilia sequuntur personam* était, pour les successions mobilières, la conséquence d'un principe général, le classement des successions dans le statut réel. Or, ce principe a été positivement admis dans notre Code pour les successions immobilières. Il serait illogique de supposer qu'après avoir été expressément conservé à l'égard des immeubles, il a été tacitement écarté pour les meubles. « A ce point de vue donc, conclut M. Lainé, le silence du Code signifie acquiescement et attribution de force légale à l'ancienne doctrine. Mais d'autre part, la règle : « *Mobilia sequuntur personam* » en tant qu'elle s'appliquait aux meubles considérés individuellement, en faisant violence à la nature des choses, n'a été consacrée par le Code ni directement, ni d'aucune manière. Elle est restée à l'état de doctrine sujette à examen que les auteurs modernes peuvent rejeter si les principes généraux du droit l'exigent (1). »

Nous procéderons donc à l'égard des meubles comme à l'égard des immeubles, en distinguant entre les meubles considérés isolément, individuellement, et les meubles considérés comme dépendant de la succession d'un étranger.

131. Les meubles individuellement considérés ont toujours, quoique meubles, une situation déterminée dans un moment donné, au moment notamment où il y a intérêt juridique à constater leur existence en un endroit quelconque. Dans tous les pays la condition intrinsèque des meubles ainsi envisagés, c'est-à-dire le régime légal auquel ils sont soumis entre les mains de celui qui les possède, doit être réglé, comme pour

(1) *Loc. cit.*, p. 459.

les immeubles, d'une manière absolue, abstraction faite de la nationalité du propriétaire, possesseur ou détenteur.

Sous l'influence de doctrines excessives sur la personnalité des lois, l'art. 7 des dispositions générales du Code italien de 1865, porte que : « Les biens meubles sont soumis à la loi nationale de leur propriétaire, sauf disposition contraire de la loi du pays où ils se trouvent. » Il résulte des travaux préparatoires de ce Code, que le principal motif allégué à l'appui d'une telle décision est la prétendue difficulté qu'il peut y avoir de constater la situation réelle d'un objet mobilier au moment précis où il y aurait intérêt à le faire pour savoir quelle est la loi à appliquer (1). La difficulté n'est pas, croyons-nous insurmontable, et le projet belge dont nous avons parlé a été mieux inspiré en assimilant les meubles aux immeubles pour les soumettre à la *lex rei sitûs*. « Cette disposition, comme le font d'ailleurs observer les auteurs du projet, ne fait en définitive que donner une formule législative aux commentaires des interprètes les plus autorisés du Code civil (2). » Elle est complétée dans le projet par la règle suivante : « Lorsque à raison du changement survenu dans la situation des biens meubles, il y a conflit de législation, la loi de la situation la plus récente est appliquée. »

132. La loi de la situation des meubles individuels doit donc être observée :

1° Pour la détermination de la nature mobilière ou immobilière d'un bien. La règle est nécessairement commune aux meubles et aux immeubles. Il est manifeste qu'il faut consulter la loi de la situation réelle, et qu'on ne peut en consulter d'autre pour savoir quels sont les meubles qui peuvent devenir immeubles par destination, et comment ils peuvent le devenir ;

(1) Foschini, *Motivi del Codice*, sur l'art. 7.
(2) Lainé, *loc. cit.*, p. 461.

2° Pour la détermination des droits réels qui peuvent affecter les meubles, leurs modes de création, de conservation et d'extinction. Les règles de la législation locale concernant le nantissement, le gage, les privilèges, le droit de rétention devront donc être observées à l'égard des meubles appartenant à des étrangers;

3° Pour les modes d'acquisition et d'aliénation à titre particulier dont les meubles sont susceptibles (1). Ainsi, pour les meubles corporels la tradition est nécessaire quand elle est exigée par la loi du lieu où se trouve le meuble aliéné, quand même elle ne le serait pas par la loi du lieu où le contrat a été conclu. S'il s'agit de marchandises vendues pendant le cours de leur transport, on les considère comme se trouvant au domicile du vendeur, et on leur applique la loi de ce domicile. Les effets transmissibles par la voie de l'endossement sont traités comme les meubles corporels. Ainsi, les effets créés en pays étranger, et endossés au même lieu au profit d'un Français, lui sont valablement transférés, bien que l'endossement en ait été fait en blanc, si un tel endossement est admis comme régulier par la législation du pays étranger dont il s'agit (2).

Pour le transfert de la propriété des navires, il faut appliquer la loi du pays du port d'attache du navire aliéné. Si les formalités voulues par cette loi à l'égard des tiers ont été remplies, la transmission de la propriété est parfaite à l'égard des tiers, en quelque pays que le navire navigue postérieurement (3).

133. 4° Les règles dont l'ensemble constitue le régime

(1) Cass. 19 mars 1872, S. 72, 1, 238 et les autorités citées en note; Pau, 11 mars 1874, sous Cass. S. 75, 1, 409.

(2) Cass. 30 mai 1885 (2 arrêts), S. 80, 1, 262; conf. Cass. 18 août 1856, S. 57, 1, 586.

(3) Ce point a été méconnu par un arrêt de Rouen, 21 juillet 1876, S. 77, 2, 129, justement critiqué par M. Lyon-Caen. V. note.

légal de la propriété mobilière, notamment celles qui ont trait à l'accession, à la spécification, à la confusion, etc., de plusieurs choses ayant appartenu à des propriétaires différents, seront toujours celles du lieu où le fait de spécification, de confusion, etc., s'est produit, quand même on voudrait considérer ce fait comme constituant un quasi-contrat.

Il faudra aussi appliquer la loi locale en matière de possession et de prescription d'objets mobiliers. En cas de vol, lorsque la prescription s'opère par un laps de temps qui varie suivant les législations, il faudra appliquer la loi de la situation la plus récente, conformément à la règle citée plus haut que s'est appropriée le projet belge.

Enfin, par application des mêmes principes, en vertu de la *lex rei sitûs*, l'État français occupera par droit de déshérence les meubles laissés en France par l'étranger décédé sans successeur (1).

134. Les meubles incorporels, ceux que l'art. 529, C. C., nomme meubles par la détermination de la loi, sont susceptibles, comme les meubles corporels, de droits réels, propriété, usufruit, privilèges. Il y a donc intérêt à savoir où sont juridiquement situés les droits de créance pour leur appliquer la *lex rei sitûs*. Faut-il les considérer comme étant situés au domicile du créancier ou au domicile du débiteur? Il faut choisir celui de ces deux domiciles qui présente le plus de fixité, et qui, dans les transactions usuelles, est le plus ordinairement envisagé. On ne saurait en effet, sauf au point de vue fiscal, comme l'a fait la loi du 23 août 1871, considérer la créance tantôt du côté du créancier et tantôt du côté du débiteur.

Le domicile du créancier ou propriétaire de la créance doit être écarté. Qu'adviendrait-il, en effet, dans le cas où la créance aurait eu plusieurs propriétaires successifs ayant

(1) Voy. Demolombe, t. I, n° 96, et les arrêts cités.

des domiciles différents? Au domicile duquel de ceux-ci faudrait-il se rapporter pour décider si tel ou tel des transferts de la créance est valable vis-à-vis des tiers? C'est d'ailleurs la personnalité du débiteur qui doit être prise en considération par les tiers qui ont des significations à lui adresser dans le cas de cession (art. 1690) ou dans le cas de création de droits réels (art. 2075); enfin, c'est au domicile du débiteur que le paiement doit être effectué et que les poursuites doivent être exercées.

Tels sont les principaux motifs pour lesquels le projet belge, résumant l'opinion généralement adoptée, a ainsi rédigé l'art. 5, § 2 :

« Les droits de créance sont réputés avoir leur situation au domicile du débiteur; toutefois, si ces droits sont représentés par des titres cessibles au moyen de la tradition ou de l'endossement, ils sont censés être au lieu où les titres se trouvent. »

Le motif de la restriction finale, est que la création de titres au porteur ou négociables par endossement, transforme en quelque sorte la créance et lui donne les allures du meuble corporel.

135. Chaque fois qu'à l'occasion d'un meuble corporel ou incorporel s'élèvera un litige pour la solution duquel la *lex rei sitûs* à appliquer, d'après les règles qui précèdent, sera la loi française, nous pensons que la compétence des tribunaux français sera obligatoire, même entre étrangers.

Mais, en thèse générale, la jurisprudence décide que les tribunaux français ne sont pas obligés de juger les contestations civiles entre étrangers, en matière personnelle et mobilière. Ils peuvent rester saisis lorsqu'aucune des parties ne conteste leur compétence. L'exception d'extranéité ne soulève pas d'ailleurs une incompétence absolue et d'ordre public. Les étrangers peuvent donc ne pas se prévaloir d'une telle exception, et même y renoncer formellement ou tacite-

ment, auquel cas, ils ne sont pas recevables à revenir sur cette renonciation (1).

La jurisprudence apporte cependant un certain nombre de dérogations à la règle étroite par elle admise (2), notamment en ce qui touche les brevets d'invention (3).

e) *Des lois concernant les meubles; — spécialement des successions mobilières.*

136. — La succession mobilière d'un étranger est régie, en principe, par la loi nationale du défunt, et non par celle de son domicile.
137. — Application aux donations mobilières et aux promesses d'égalité.
138. — Des lois fiscales.
139. — Règles de compétence.

136. Il faut s'occuper maintenant des meubles considérés comme dépendant d'une succession ouverte par le décès d'un étranger.

La succession mobilière de l'étranger qui meurt en France, sans avoir été autorisé à y établir son domicile, est donc régie par la loi nationale de cet étranger (4).

La loi nationale de l'étranger se confond le plus souvent avec celle de son domicile légal, et dans ce cas il n'y a pas lieu de tenir compte d'une simple résidence de fait qui ne saurait en principe être assimilée au domicile légal (5). Mais il peut arriver que la loi de l'étranger ordonne de suivre, en matière de succession et pour les meubles, la loi du domicile de fait, ou de la résidence habituelle du défunt. Dans ce cas,

(1) Cass. 5 mars 1879, S. 79, 1, 208; *contrà*, Alger, 4 mars 1874, S. 75, 2, 103.

(2) V. notes sous Paris, 13 mars 1879, S. 79, 2, 289; Paris, 20 mars 1879, S. 80, 2, 49.

(3) Trib. Seine, 26 juillet 1879, S. 80, 2, 218, et la note.

(4) Cass. 22 fév. 1882, S. 82, 1, 393; V. sous cet arrêt une note importante de M. Labbé.

(5) Bordeaux, 24 mai 1876, S. 77, 2, 109, et la note.

la loi française est, d'après le dispositif même de la loi étrangère, seule applicable au règlement de la succession quant aux meubles situés en France (1).

137. Du principe que pour les succession mobilières il faut appliquer la loi du *de cujus*, la Cour de cassation a tiré la conséquence que la donation mobilière faite avec clause de préciput par un père étranger à sa fille, ne doit pas être comprise dans la partie de la succession régie par la loi française, et ne saurait, dès lors, être l'objet d'une demande en réduction fondée sur la loi française (2).

Mais d'un autre côté, la Cour de cassation, paraissant vouloir appliquer les règles des contrats plutôt que celles des successions, a décidé que la promesse d'égalité faite par un père de famille étranger, établi en France sans autorisation du gouvernement, dans le contrat de mariage de l'un de ses enfants également étranger, fût-elle considérée par la loi étrangère comme contraire à l'ordre public, n'en doit pas moins être déclarée bonne et valable par les juges français, *ceux-ci, n'ayant à tenir compte que de la loi française, quand il ne s'agit pas de la capacité des étrangers ou de la forme d'actes passés à l'étranger* (3).

M. Labbé critique avec raison et cette dernière formule qui ne saurait évidemment être acceptée comme le démontrent toutes les explications qui précèdent, et le fond même de la décision. Il était bien difficile, en effet, d'admettre que la question du procès fût une question de contrat et non une question de succession. Le contrat dont il s'agissait est en réalité une espèce d'institution contractuelle. C'est, comme le

(1) Cass. arrêt précité du 22 fév. 1882, S. 82, 1, 393; — Cass. 26 juin 1879, S. 79, 1, 429, notes. Comp. note de M. Labbé sous Cass. 20 fév. 1882, S. 82, 1, 145, et un article du même, *J. du dr. intern. privé*, 1885, p. 5.

(2) Cass. 20 mai 1879, S. 81, 1, 465, note 4.

(3) Cass. 20 fév. 1882, S. 82, 1, 145, V. note de M. Labbé.

dit M. Labbé, une disposition à cause de mort faite par contrat au lieu d'être faite par testament, mais dont l'effet est renvoyé dans l'avenir et donnera naissance à des droits posthumes. La même loi doit régir la dévolution *ab intestat*, et la mesure des dérogations que l'homme peut y apporter.

Il a d'ailleurs été décidé que le statut personnel de l'étranger décédé en France n'était applicable à la dévolution de sa succession *ab intestat* ou testamentaire pour les biens meubles situés en France que sous la condition que les droits des Français ne seraient pas lésés, les art. 1 et 2 de la loi du 14 juillet 1819 indiquant clairement que la loi française doit être préférée à la loi étrangère dès que les co-héritiers français y trouvent un avantage (1).

138. Au point de vue fiscal, l'art. 4 de la loi du 23 août 1871, régit même les biens meubles qui ne sont pas soumis à notre législation civile. Il résulte, en effet, de cette loi que les valeurs françaises sont imposées quoique dépendant d'une succession régie par la loi étrangère à raison du domicile du débiteur, et les valeurs étrangères sont imposées bien qu'elles soient considérées comme situées en pays étranger à raison du domicile du créancier. Mais il est manifeste que ce double aspect qui permet à la fiscalité de tout atteindre ne saurait être généralisé.

139. En ce qui touche la compétence des tribunaux français, il faut distinguer : si le débat à l'occasion d'une succession mobilière ouverte en pays étranger existe entre étrangers, ou entre Français et étrangers, la compétence des tribunaux français est facultative ; ils doivent se déclarer incompétents si le déclinatoire est proposé en temps utile, quand même, en vertu de la loi étrangère, la loi à appliquer serait la loi française à raison de la résidence de fait du *de cujus*.

La compétence des tribunaux français serait obligatoire,

(1) Poitiers, 4 juillet 1887, S. 88, 2, 193 et les notes.

si la demande avait pour objet le prélèvement autorisé en faveur des héritiers français par l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819.

f) *Des lois concernant l'état et la capacité des personnes.*

140. — Le statut personnel est déterminé par la nationalité et non par le domicile. Signification et portée de l'art. 3 § 3. Les étrangers peuvent invoquer en France leur statut personnel.
141. — Cas dans lesquels le statut personnel de l'étranger est déterminé par son domicile.
142. — Justification de la nationalité par celui qui invoque un statut étranger. De celui qui est en même temps français et étranger.
143. — De celui qui ne peut justifier d'aucune nationalité, ou qui appartient à deux nationalités étrangères.
144. — Des personnes morales ayant leur siège en pays étranger.
145. — Les lois concernant le mariage rentrent dans le statut personnel;
146. — Ainsi que les lois concernant le divorce et la séparation de corps;
147. — Et toutes les conséquences du mariage.
148. — De la légitimation par mariage subséquent.
149. — De la tutelle.
150. — De la puissance maritale et de la puissance paternelle.
151. — De la dette alimentaire.
152. — Théorie de *l'intérêt français;* applications à la tutelle et à l'usufruit légal;
153. — A la dette alimentaire;
154. — Aux lois qui fixent la majorité des individus;
155. — A la capacité de la femme.
156. — Textes du projet belge sur l'état et la capacité des personnes.
157. — Règles de compétence.
158. — Les jugements étrangers statuant sur des questions d'état ne sont pas soumis à la nécessité de *l'exequatur*.

140. D'après l'ancienne *théorie des statuts*, l'état des personnes, les rapports de famille et la capacité civile étaient régis par la loi du domicile. Cette prépondérance de la loi du domicile s'explique tout naturellement quand il s'agissait de

régler le conflit des dispositions en vigueur dans chaque coutume. Mais lorsque les coutumes eurent disparu, et qu'une loi générale fut appelée à les remplacer, ce fut la prépondérance de la loi nationale qui dut régler le conflit des lois sur la condition des personnes. En conséquence, le § 3 de l'art. 3 fut ainsi rédigé : *Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.*

Il est manifeste qu'une telle disposition n'est pas faite pour les tribunaux étrangers sur lesquels la loi française ne peut avoir aucune action. Elle signifie tout simplement que les actes juridiques émanés de Français, même accomplis en pays étranger, et par conséquent sous l'empire d'une loi étrangère, devront être appréciés d'après la loi française, en ce qui touche l'état et la capacité des personnes, si ces actes sont soumis aux tribunaux français.

Mais réciproquement, les tribunaux français, lorsqu'ils sont saisis de la connaissance d'actes juridiques émanés d'étrangers, sont-ils tenus d'appliquer à ces étrangers leur loi nationale en ce qui concerne leur état et leur capacité? En d'autres termes les étrangers ont-ils reçu du législateur français, le droit de se prévaloir en France, devant les tribunaux français, de leurs propres lois quant à leur état et à leur capacité ? Le Code ne contient pas de réponse formelle à une telle question, mais la solution affirmative résulte implicitement des travaux préparatoires et de la combinaison des textes. Le livre préliminaire du Code rédigé par la commission, contenait en effet une disposition ainsi conçue : « La loi oblige indistinctement ceux qui habitent le territoire ; l'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possède, *et pour sa personne pendant sa résidence.* » Au Conseil d'État Tronchet objecta que l'*étranger n'est pas soumis aux lois civiles qui règlent l'état des personnes;* finalement, quand le texte de l'art. 3 fut arrêté, la disposition critiquée par Tronchet dis-

parut (1). Que reste-t-il? Un texte qui soumet expressément les étrangers aux lois françaises concernant les immeubles, et aux lois de police et de sûreté, sans rien dire des lois de capacité personnelle. Donc les étrangers demeurent, à ce point de vue, régis en France par la loi de leur nation. D'un autre côté, l'art. 11, C. C., les appelle à jouir, même quand ils ne sont pas domiciliés, de certains droits civils qui ne peuvent être que des droits de famille, de propriété ou d'obligation, ils ne peuvent évidemment en jouir que selon leur capacité personnelle.

141. Le statut personnel est déterminé par la nationalité reconnue aux étrangers et non par le domicile. Certaines nations ont cependant conservé, en cette matière, la prépondérance du domicile sur la nationalité. Ainsi, d'après la loi anglaise, l'état des personnes est déterminé par la loi de leur domicile et non par leur loi nationale (2). Il en est encore de même en Allemagne; mais la doctrine contemporaine demande, qu'à l'imitation des Codes français, italien et belge, le futur Code de l'Empire allemand remplace la loi du domicile par la loi nationale comme base du statut personnel (3). Par conséquent l'état et la capacité de certains étrangers domiciliés en France devront, d'après leur statut personnel, être régis par la loi française. La jurisprudence accepte en général l'espèce de renvoi qui lui est ainsi adressé par une loi étrangère. Nous en avons déjà vu un exemple à propos des immeubles situés en France dépendant de la succession d'un étranger (4).

142. Puisque le statut personnel est en principe déterminé par la nationalité, il faudra tout d'abord vérifier la nationa-

(1) Locré, t. I, p. 228.

(2) Bruxelles, 14 mai 1881, S. 81, 4, 41, et la note. Comp. Cass. 22 fév. 1882, S. 82, 1, 393; Cass. 26 juin 1879, S. 79, 1, 429.

(3) Lainé, *loc. cit.*, p. 401.

(4) Voy. ci-dessus, n° 136; Paris, 23 mars 1888, D. 89, 2, 117.

lité des personnes intéressées, c'est-à-dire rechercher quel est leur statut personnel.

Il faut toujours supposer une instance portée devant un tribunal français.

C'est à celui qui invoque un statut personnel déterminé, à faire la preuve de la nationalité qu'il s'attribue.

Il faut d'abord prévoir le cas où l'intéressé né de parents français est français en vertu de l'art. 10, C. C., quoique né dans un pays où la naissance est attributive de la nationalité du lieu (1).

Il aura dans ce cas deux statuts personnels différents. Les tribunaux français lui appliqueront sans difficulté la loi française, par le motif qu'il est démontré que celui qu'ils ont à juger jouit du statut français. Cela suffit ; ils n'ont pas à se préoccuper de l'anomalie résultant de ce que devant un tribunal anglais, par exemple, le même individu serait traité comme anglais. Il faut donc écarter cette première hypothèse dans laquelle il n'y a pas de statut étranger à appliquer.

143. Si l'intéressé, non français, ne pouvait justifier d'aucune nationalité déterminée, son statut personnel devrait être celui de son domicile. Il en sera ainsi du Français qui a perdu sa qualité de Français, sans acquérir une autre nationalité. Dans le cas où le non-Français appartiendrait à la fois à deux nationalités étrangères, un projet de résolution présenté lors de la session de l'Institut de droit international à Genève en 1874, proposait encore la loi du domicile. Cette solution doit être admise sans difficulté, lorsque l'intéressé a son domicile dans l'un des deux pays auxquels il appartient ; elle est douteuse quand il n'est domicilié ni dans l'un, ni dans l'autre, mais dans un troisième. Dans ce cas, la solution proposée

(1) Il en est ainsi en Angleterre, en Portugal, dans les Etats-Unis d'Amérique, au moins d'après la pratique et la jurisprudence locales, et dans les Etats de l'Amérique latine, sauf le Mexique, Costa-Rica et Salvador.

consiste à refuser à l'intéressé deux statuts dont l'un est certainement le sien, pour lui en attribuer un troisième qui certainement ne lui appartient pas. Nous lui reconnaîtrions plutôt celui de ses deux statuts qui dérive de la filiation, lequel doit l'emporter sur l'autre.

144. Il faut supposer que le débat intéresse soit un étranger seul, soit plusieurs étrangers plaidant les uns contre les autres, soit des étrangers plaidant contre des Français. Mais dans tous les cas il faut qu'il s'agisse, comme le dit l'art. 3 § 3, de l'état ou de la capacité des *personnes*, c'est-à-dire de personnes susceptibles d'avoir un état; or les êtres de raison, qu'on appelle souvent *personnes morales* ou *civiles*, ne sont ni mineurs, majeurs ou interdits, ni célibataires, mariés, veufs ou divorcés, ces êtres fictifs n'ont ni parenté ni famille, en un mot *ils n'ont pas d'état* (1). La fiction de leur existence ne peut produire d'effet que dans les limites de la nation dont le gouvernement les a reconnues ; en dehors de ces limites, les abstractions dont nous parlons n'existent pas, il ne saurait donc être question de rechercher le statut qui les concerne (2). Mais cette solution ne peut concerner que les personnes morales dont l'existence dépend d'une autorisation du gouvernement. Elle ne saurait être étendue aux sociétés de commerce dont l'existence dépend uniquement de la volonté libre des particuliers. C'est pour ce motif que nous avons admis la possibilité de la mise en faillite d'une société de commerce ayant son siège à l'étranger et une succursale en France. Si en 1860 la Cour de cassation a appliqué la doctrine ci-dessus exposée à une société anonyme, c'est qu'à cette époque la société anonyme ne pouvait exister sans une autorisation du gouvernement (3).

(1) Cass. belge, 8 fév. 1849, *Pasicrisie*, 49, 1, 241, cité par M. LAURENT, t. I, n° 307.

(2) Cass. 1er août 1860, D. 60, 1, 444.

(3) Voy. ARTHUYS, *Observ.* etc., *Revue critique*, 1889, p. 582.

145. L'état des personnes comprend tous les rapports de famille, en commençant par le mariage qui en est la source la plus ordinaire. Le mariage relève certainement du statut personnel, quant aux règles du fond, sinon quant à la forme. — En effet, d'après l'art. 170 le mariage d'un Français contracté en pays étranger est valable, si les conditions requises par la loi française pour contracter mariage ont été observées. C'est-à-dire que la loi française, en ce qui touche le mariage, entend maintenir son empire même sur le Français se trouvant en pays étranger (1), elle ne pourrait donc avoir la prétention de soumettre les étrangers qui se trouvent en France aux règles spéciales qu'elle a cru devoir édicter sur le mariage. Ces règles spéciales ne s'adressent donc qu'aux Français, et les étrangers demeurent soumis, en France, à leur loi personnelle et nationale.

146. Les lois concernant le divorce et la séparation de corps rentrent aussi dans le statut personnel. Avant le rétablissement du divorce en France on se demandait quelle était la valeur d'une naturalisation acquise à l'étranger par une personne mariée cherchant ainsi, à la faveur d'une loi étrangère, à éluder la loi française (2). On s'était encore demandé si l'étranger, naturalisé français ou non, qui avait valablement obtenu le divorce à l'étranger, pouvait ou ne pouvait pas se marier en France du vivant de son ci-devant conjoint (3)? Mais le rétablissement du divorce a enlevé à ces questions leur principal intérêt.

147. Toutes les conséquences du mariage rentrent aussi dans le statut personnel, les questions, notamment, de filia-

(1) Besançon, 4 janv. 1888, D. 89, 2, 69 et les notes.

(2) V. Cass. 18 mars 1878 (2 arrêts) S. 78, 1, 193 et les notes; Bruxelles, 5 août 1880, S. 81, 4, 1 et la note.

(3) Voy. Cass. 15 juillet 1878, S. 78, 1, 320; Cass. 22 fév. 1860, S. 60, 1, 210; Amiens, 15 avril 1880, S. 80, 2, 172 et la décision singulière de la Cour de Douai, du 8 janv. 1877, S. 77, 2, 45, refusant à l'étranger divorcé le droit de se remarier !

tion légitime et de preuves de cette filiation (1). Il faut pour cette preuve appliquer le statut personnel du père au moment de la naissance et non la loi du pays où la naissance a eu lieu (2).

148. La légitimation des enfants naturels peut, suivant certaines législations, être la conséquence du mariage des père et mère. Pour les mariages contractés par les étrangers dans leur pays, les tribunaux français devront leur appliquer la loi étrangère, quand il s'agira de savoir si ces mariages ont pu avoir comme effet une légitimation d'enfants naturels (3). Quant aux mariages contractés en France par des etrangers, ils ne produiront la légitimation des enfants naturels déjà nés, que tout autant que la loi nationale du père le permet. La jurisprudence a néanmoins trop souvent décidé, sous l'influence des nécessités d'un prétendu ordre public, impossible à comprendre, que les enfants naturels sont légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, alors même que la législation du pays auquel appartient le père, ne reconnaîtrait pas ce mode de légitimation (4) ! — C'est la négation la moins justifiée qu'on puisse concevoir du statut personnel.

149. La puissance paternelle, la puissance maritale, la tutelle sont également régies par le statut personnel. Mais s'agit-il du statut personnel du père, du mari ou du tuteur, ou bien du statut personnel de l'enfant, du mari ou du pupille ? La solution ne saurait être, dans ces trois hypothèses, gouvernée par les mêmes principes. Dans la tutelle, le principal et même le seul intéressé, *celui dont il s'agit*, c'est le

(1) Martinique, 18 mai 1878, S. 78, 2, 238.

(2) Cass. Florence, 1er décembre 1883, S. 85, 4, 13 et la note.

(3) Cass. 20 janv. 1879, S. 79, 1, 417.

(4) Rouen, 5 janv. 1887, S. 88, 2, 75; Voy. les nombreux arrêts en sens divers cités en note. V. *Observ.* de M. Chausse, sur l'arrêt précité de Rouen, *Revue critique*, 1888, p. 195.

mineur. Le tuteur est appelé à remplir une charge, mais il n'a aucun droit propre à sauvegarder ou à faire reconnaître. La loi qui organise la tutelle ne concerne donc que la personne du mineur. Donc, lorsque les tribunaux français sont saisis d'une question relative à la tutelle du mineur étranger, ils doivent appliquer le statut de cet étranger. Dans une espèce où le mineur étranger avait une mère française, la Cour de cassation a cru pouvoir écarter le statut de cet étranger pour accorder la tutelle à la mère, par application du statut de cette dernière. Mais en décidant ainsi, la Cour n'a certainement pas voulu dire que la tutelle devait toujours être organisée soit d'après la loi territoriale, soit d'après le statut personnel du tuteur; il résulte des termes de sa décision qu'elle s'est placée au point de vue d'un intérêt *français*, celui de la mère française, qu'elle a voulu sauvegarder (1); il est permis de penser que la décision eût été différente si la mère, au lieu d'être Française, avait été étrangère d'une nationalité autre que le mineur; le statut de ce dernier aurait probablement été appliqué.

150. Lorsqu'un chef de famille acquiert seul une nationalité nouvelle, deux lois personnelles vont se trouver en conflit dans la même famille, en ce qui concerne la puissance maritale ou la puissance paternelle. Faudra-t-il appliquer le statut personnel du chef, père ou mari, ou le statut personnel soit de la femme, soit des enfants?

La puissance maritale, la puissance paternelle, n'ont pas été, comme la tutelle, organisées dans l'intérêt unique des personnes qui y sont soumises. Elles sont la conséquence de la qualité constatée de mari ou de père, et la consécration des droits attachés à cette qualité. La loi prend aussi en considération les devoirs que la qualité de père ou de mari impose au chef de famille envers la femme et les enfants. Ces

(1) Cass. 13 fév. 1873, S. 73, 1, 13.

devoirs sont en général combinés ave les droits du mari ou du père, de manière à les délimiter exactement. Mais c'est au statut personnel du chef qu'il appartient d'effectuer une telle combinaison.

Cela posé, le mari, le père (ou la mère), ont-ils le droit de changer de nationalité ? Incontestablement.

Le changement de nationalité entraîne-t-il un changement d'état ? Personne n'oserait aujourd'hui le contester.

Or, il est depuis longtemps reconnu que celui qui change de nationalité se trouve, à l'égard de ceux qui ont été antérieurement en rapport de droit avec lui, dans la même position où se trouvent, les uns à l'égard des autres, des individus qui ont eu des relations légales sous l'empire d'une loi qui vient à être changée (1). Ce qui revient à dire qu'une naturalisation acquise n'a pas d'effet rétroactif et ne saurait porter atteinte aux droits acquis.

De là il suit que l'état de mari, de père, de mère et les droits ou avantages attachés à cet état doivent être déterminés par le nouveau statut du mari, et non par celui de la femme ; par le nouveau statut du père ou de la mère, et non par celui des enfants. La Cour de cassation a formellement consacré cette doctrine en décidant que dans le cas de conflit entre le statut des père et mère et celui des enfants, c'est le statut des père et mère qui doit être suivi. Faisant application de ce principe à l'usufruit légal, la Cour juge que la mère, israélite algérienne, naturalisée Française en vertu du sénatus-consulte du 14 juillet 1865, a droit à l'usufruit légal des biens de ses enfants mineurs demeurés israélites algériens (2), mais seulement à partir du décret de naturalisation (3).

Il est en effet manifeste que si une loi nouvelle vient accor-

(1) Voy. Blondeau.
(2) Cass. 14 mars 1877, S. 78, 1, 25.
(3) Aix, 24 janv. 1878, S. 78, 2, 240.

der au père l'usufruit légal, dans des conditions où il n'existait pas d'abord, ou modifier de toute autre manière la puissance paternelle ou la puissance maritale, cette loi nouvelle recevra son application immédiate, sans effet rétroactif ; il doit en être de même d'une naturalisation acquise.

On objecte que la doctrine qui vient d'être soutenue « aboutit à consacrer le même résultat pratique que celui qui devrait être accepté si la femme et les enfants avaient changé de nationalité par contre-coup de la naturalisation du chef de famille (1). » Mais non, puisqu'ils conservent leur nationalité d'une manière absolue et complète, et qu'ils ne doivent rien à la nation adoptée par leur père ou mari.

151. La dette alimentaire dépendant des rapports de famille et de parenté, se rattache directement aux droits de famille et doit par conséquent être appréciée d'après la loi nationale des parties intéressées. Si elles sont de nationalités différentes il faudra appliquer celle du créancier. C'est également d'après leur loi nationale que devront être tranchées les questions relatives à la majorité des personnes, à leur émancipation, à leur interdiction, ou soumission à un conseil judiciaire (2), à leur état d'absence, à leur capacité d'aliéner (3).

152. Ainsi donc, dans toutes les matières qui se rattachent à l'état ou à la capacité des personnes, soit directement, soit par voie de conséquence, les juges français devront appliquer aux étrangers la loi de leur nation, en admettant les distinctions faites ci-dessus pour les cas où les parties appartiennent à des nationalités différentes. Cette règle, puisqu'elle existe incontestablement, doit recevoir une application abso-

(1) Voy. *Revue critique*, 1889, *Etude de dr. intern. privé*, par M. Surville, p. 494.

(2) Trib. civ. Seine, 19 janv. 1889, *Droit*, 2 février 89.

(3) Trib. civ. Chambéry, 13 août 1888, Rec. de Grenoble, 89, 55.

lue, et ne saurait être méconnue sous prétexte de ménager un *intérêt français*.

Demolombe résume ainsi la théorie de l'intérêt français imaginée par Valette (1) :

« En règle générale, l'étranger doit demeurer soumis en France, à la loi personnelle de son pays, à moins que l'application de cette loi ne soit de nature à compromettre un intérêt français (2). »

La Cour de cassation a appliqué ce point de vue à la tutelle et à l'usufruit légal; dans un cas où il y avait conflit entre deux lois personnelles relativement à la tutelle d'un mineur étranger, elle a écarté la loi de cet étranger, le seul intéressé, pour appliquer la loi de la mère parce que cette dernière était française! La Cour a, du reste, employé des expressions bien faites pour mettre en relief tout ce qu'il y a de profondément injuste dans une telle décision :

« En supposant même que la loi autrichienne, qui est la loi de la mineure, n'admette ni la tutelle légale, ni l'usufruit légal des père et mère, les principes de la *souveraineté* s'opposent à ce que cette loi puisse prévaloir en France contre la loi française au préjudice *des droits et des intérêts français*, dont les tribunaux français doivent, *avant tout*, assurer la conservation (3). »

Dans l'espèce, il n'y avait qu'un *droit*, celui de l'enfant. Il est en outre absolument faux et singulièrement imprudent d'avancer que les tribunaux français doivent, *avant tout*, assurer la conservation des intérêts français. Quelle manière d'encourager les intérêts étrangers à venir se développer en France! Les tribunaux doivent seulement appliquer les principes du juste à chaque droit individuel.

(1) VALETTE sur PROUDHON, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 85 et suiv.

(2) T. I, nº 98.

(3) 13 fév. 1873, S. 73, 1, 13.

153. Les questions de pension alimentaire ont donné lieu à des solutions analogues pour le cas où l'étranger demandeur réclamait des aliments en vertu de son statut personnel à un parent français à qui la loi française n'imposait aucune charge de ce genre (1). On déclare déroger dans ce cas au statut personnel dans un intérêt français. « Nous reviendrons sur ces questions d'aliments quand nous traiterons *des obligations qui naissent du mariage*.

154. Selon cette théorie de *l'intérêt français*, l'étranger mineur d'après sa loi personnelle, sera majeur d'après la loi française, s'il a vingt-et-un ans, et ne pourra pas se faire restituer contre les engagements par lui contractés envers un Français (2), alors que, dans les mêmes circonstances, il pourrait se faire restituer contre un étranger. Un essai de conciliation prétorienne a été proposé (3) et accepté par la jurisprudence qui admet, par suite, que : « la loi personnelle de l'étranger doit être écartée, lorsque le Français qui a traité avec lui l'a fait sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi (4). »

Ce prétendu tempérament est absolument arbitraire. Quand il s'agit d'apprécier la validité d'un contrat passé entre une personne capable et une personne incapable, il n'y a pas à se préoccuper de la bonne ou de la mauvaise foi, ou de l'imprudence, ou de la légèreté de la personne capable. On peut seulement tenir compte de l'enrichissement tiré du contrat par l'incapable, ou du dol commis par lui. La jurisprudence la plus récente semble vouloir entrer dans cette voie (5), et cherche quelquefois dans le dol ou la faute de l'incapable un motif nouveau pour justifier des décisions qui, sans cela, se-

(1) Dalloz, *Répert.*, v° *Lois*, n° 392.
(2) Demolombe, t. I, n° 102 et les arrêts cités.
(3) Demol., *loc. cit.*; Aubry et Rau, t. I, § 31, p. 93-95.
(4) Cass. 16 janv. 1865, D. 61, 1, 193.
(5) Trib. Seine, 2 juillet 1878, *J. du dr. intern. privé*, 1878, p. 502.

raient manifestement contraires aux principes. Ainsi la Cour de Paris a jugé que les engagements contractés par un étranger, mineur d'après son statut personnel, envers un Français qui croyait traiter avec un majeur, sont néanmoins valables, *si le mineur en dissimulant son extranéité au Français a induit celui-ci en erreur*, et si *d'autre part* le Français n'a commis ni faute, ni imprudence (1). Si la dissimulation alléguée vis-à-vis du mineur constituait un dol, elle suffisait pour rendre le mineur irrecevable dans son action en annulation du contrat; si elle ne constituait pas un dol, l'absence de faute ou d'imprudence de la part du Français ne pouvait rendre le contrat valable.

155. La même difficulté s'est présentée au cas où une femme étrangère, incapable d'après son statut personnel de s'obliger, même avec l'autorisation de son mari, serait au contraire capable d'après la loi française. Si elle s'est obligée envers un Français et lui a concédé une hypothèque sur un immeuble situé en France, on devrait encore, d'après la théorie de l'*intérêt français*, valider l'obligation et l'hypothèque (2).

156. La doctrine que nous venons d'exposer sur le statut personnel se trouve en quelque sorte résumée dans les dispositions suivantes du projet belge :

« Art. 4. L'état et la capacité des personnes, ainsi que leurs rapports de famille, sont régis par les lois de la nation à laquelle les personnes appartiennent.

« Art. 12. Celui qui ne justifie d'aucune nationalité déterminée a pour statut personnel la loi belge; (nous avons préféré la loi du domicile).

« Il en est de même de celui qui appartient à la fois à la nationalité belge et à une nationalité étrangère.

« Celui qui appartient à deux nationalités étrangères a pour

(1) Paris, 8 fév. 1883, S. 83, 2, 169 et la note.
(2) Voy. DEMOL., t. I, n° 102.

statut personnel celle des deux lois étrangères dont les dispositions applicables à la contestation, s'éloignent le moins des dispositions de la loi belge; (nous n'avons pas admis cette solution arbitraire).

« Art. 13. Les changements de nationalité n'ont pas d'effet rétroactif. On ne peut s'en prévaloir qu'après avoir rempli les conditions et les formalités imposées par la loi, et seulement pour l'exercice des droits ouverts depuis cette époque. »

157. Rationnellement, les litiges entre étrangers relatifs à la capacité, à l'état des personnes ou aux conséquences de cet état doivent rentrer dans la compétence facultative des tribunaux français, sauf au défendeur à proposer, en temps utile, le déclinatoire de compétence. Mais une jurisprudence constante admet au contraire que les tribunaux français sont en principe incompétents pour statuer sur les questions d'état intéressant les étrangers, sous le singulier prétexte que nos tribunaux ne peuvent ni connaître, ni interpréter les lois étrangères (1)! Cependant, lorsque la plupart des parties en cause sont françaises les tribunaux français consentent à se reconnaître compétents (2). Il en est de même dans le cas de pension alimentaire; on a jugé que le défendeur, en cette matière, ne pouvait décliner la juridiction française, par le motif qu'il s'agirait d'une loi de police ou de sûreté (3); ou que le déclinatoire, en retardant forcément la décision sur le fond, pourrait avoir pour résultat de mettre à la charge de l'État français la subsistance d'un indigent étranger (4)! C'est encore une affirmation de la doctrine de l'*intérêt français*.

(1) Voy. la réfutation de ce point de vue dans une note sous Besançon, 30 novembre 1887, D. 88, 2, 113.

(2) Alger, 28 juin 1887, D. 88, 2, 79.

(3) Trib. civ. Marseille, 14 décembre 1888, Rec. d'Aix, 89, 65.

(4) Paris, 19 décembre 1883, S. 34, 2, 384; comp. Paris, 20 fév. 1864, D. 64, 2, 102; Cass. 13 décembre 1865, D. 66, 1, 21; Paris, 24 août 1875, S. 76, 2, 212, note.

Le refus des tribunaux français d'affirmer leur compétence en matière de questions d'état concernant les étrangers, produit quelquefois de singulières conséquences. Ainsi une Cour a jugé que : lorsque la surveillance des intérêts des mineurs étrangers résidant en France est désertée par leur tuteur, les tribunaux français, *sans* s'immiscer dans les questions qui intéressent l'exercice et les conditions de la tutelle elle-même, *à l'égard desquelles ils sont incompétents,* ont le droit et le devoir de protéger les intérêt de ces mineurs et de prescrire des mesures conservatoires (1). Il était bien plus simple d'organiser complétement la tutelle; les mesures conservatoires, en pareille matière, ne sont que des demi-mesures.

Par voie de réciprocité, les tribunaux français ont été logiquement portés à refuser, dans le même ordre d'idées, toute compétence aux tribunaux étrangers à l'égard des Français. Ainsi, il a été jugé que les jugements des tribunaux étrangers prononçant à l'étranger le divorce ou la séparation de corps entre Français, devaient être considérés comme non avenus en France (2). La jurisprudence la plus récente du tribunal civil de la Seine est plus conforme aux vrais principes; elle reconnaissait implicitement aux tribunaux étrangers le pouvoir de prononcer le divorce entre Français (3), sauf aux Français à décliner la compétence des tribunaux étrangers (4).

Nous n'avons pas besoin de faire observer que les règles et décisions ci-dessus ne doivent être suivies que lorsqu'il n'existe pas de traité entre la France et la nation à laquelle appartiennent les intéressés. Quand il existe un traité dit

(1) Besançon, 30 novembre 1887, D. 88, 2, 113, et la note.

(2) Rouen 25 mai 1813, S. 13, 2, 233; trib. Seine, 30 juin 1876, D. 77, 2, 146.

(3) Trib. Seine, 2, août 1887, *J. dr. intern. pr.*, 88, p. 87.

(4) Trib. Seine, 4 juin 1885, *Gaz. Trib.*, 5 juin 1885.

de « *libre accès* » (à tous les tribunaux soit en demandant, soit en défendant), la compétence des tribunaux français devient obligatoire (1).

158. On admet assez généralement dans la doctrine que les jugements rendus par des tribunaux étrangers sur des questions d'état concernant la personne de leurs nationaux, n'ont pas besoin, pour produire leur effet, d'être rendus exécutoires par les tribunaux français (2). Il y a, sur ce point, quelques hésitations dans la jurisprudence, qui cependant a fait l'application de cette solution aux questions de filiation (3), de divorce et de séparation de corps (4), de séparation de biens (5), de garde des enfants (6), d'interdiction et de nomination d'un conseil judiciaire (7), etc.

Cette solution est la conséquence de cette idée que les tribunaux français seraient incompétents pour statuer sur les questions d'état intéressant les étrangers.

Quant aux jugements étrangers statuant sur des questions d'état soulevées *entre Français*, il ne saurait, dans le même système, être question d'*exequatur*, car l'*exequatur* serait une reconnaissance implicite de la compétence, en pareille matière, des tribunaux étrangers, à l'égard des Français, compétence bien mal à propos contestée par la jurisprudence. Nous avons cependant mentionné ci-dessus un

(1) Cass. 3 juin 1885, D. 85, 1, 141; Cass. 22 juillet 1886, *J. dr. intern. pr.*, 86, p. 583.

(2) Voy. Req. du Proc. général Dupin, Cass. 28 fév. 1860, S. 60, 1, 210; Dem., t. I, n° 103.

(3) Paris, 2 août 1866, S. 66, 2, 342; comp. Pau, 17 janvier 1872, 2, 233.

(4) Trib. civil, Seine, 4 décembre 1886, *J. dr. intern. pr.*, 86, p. 712, comp. Paris, 2 mars 1868, 2, 312.

(5) Paris, 23 fév. 1888, *Gaz. Pal.*, 88, 2, 484.

(6) Bruxelles, 5 août 1880, *Pasicrisie Belge*, 80, 2, 319; comp. Pau, 6 fév. 1868, S. 68, 2, 100.

(7) Paris, 21 mai 1885, *Droit*, 17 juin 85; trib. Seine, 26 décembre 1882, *J. dr. intern. pr.*, 1883, p. 51.

jugement du tribunal civil de la Seine du 2 août 1887 qui, pour la première fois, admet qu'un jugement étranger prononçant sur une question d'état entre Français peut recevoir l'*exequatur* en France.

g) *Des lois concernant les obligations.*

159. — C'est l'intention des parties qui détermine la loi applicable aux contrats, ou obligations conventionnelles.
160. — A défaut de stipulation, on applique la loi du lieu où le contrat a été conclu;
161. — Mais les parties peuvent choisir la loi du lieu d'exécution.
162. — Il faudra quelquefois tenir compte de la qualité des parties.
163. — Application des règles qui précèdent au régime matrimonial.
164. — Application à la prescription.
165. — Obligations dérivant des quasi-contrats, des délits civils et des quasi-délits; elles sont régies par la loi du lieu où s'est produit le fait obligatoire.
166. — Texte du projet belge.

159. Parlons d'abord des obligations conventionnelles. Il n'y a à se préoccuper que de la substance même des conventions, c'est-à-dire de leur valeur *intrinsèque* et de leurs *effets*. Ce qui concerne la capacité des parties contractantes doit être laissé en dehors de la question, puisque ce point est réglé par le statut personnel, ainsi que nous venons de le voir. D'un autre côté, la nature mobilière ou immobilière des biens formant l'objet de la convention, et leur situation n'ont aucune influence sur la solution à admettre quant au régime auquel il convient de soumettre les obligations conventionnelles.

La difficulté consiste à savoir si la loi applicable au contrat est celle du lieu où il doit être exécuté. C'est du moins ainsi que l'on pose souvent la question ; et c'est après l'avoir ainsi posée, que la doctrine anglo-américaine répond que la loi du lieu où le contrat a été conclu doit être seule appliquée *même pour régler la capacité des parties contractantes*, ce qui est à peu près destructif du statut personnel. Mais il y

a longtemps que Dumoulin a démontré qu'en matière de conventions, c'est la volonté des parties qui doit, avant tout, être prise en considération ; qu'elles ont le droit de soumettre leurs conventions à telle ou telle loi ; et que c'est seulement quand elles ne se sont pas expliquées sur ce point, qu'il convient de rechercher, d'après les circonstances, quelle a été leur véritable intention. C'est alors seulement que le lieu du contrat, ou celui de l'exécution, pourront être pris en considération.

C'est la doctrine qui prévaut aujourd'hui, et que l'on peut résumer de la manière suivante :

Il faut d'abord rechercher l'intention commune des parties, et appliquer le statut particulier qu'elles se sont ainsi données à elles-mêmes ;

160. A défaut de stipulations spéciales, c'est le régime du lieu où le contrat a été conclu qu'il faut appliquer.

Ainsi, il a été jugé qu'en matière *d'affrétement* ou louage d'un vaisseau dans le but d'opérer un transport, la loi qui régit le contrat est celle du lieu où il a été conclu, et non celle du lieu de destination où les accords doivent recevoir une exécution définitive (1).

161. Mais les parties peuvent se mettre d'accord pour adopter la loi du lieu de destination ou d'exécution. Ainsi, est valable la clause d'un tarif international convenu entre deux compagnies de chemin de fer, d'après laquelle, en cas d'accident, retard ou perte, le dommage doit toujours être réglé au lieu de destination, et s'il y a litige, devant le tribunal de ce lieu (2).

162. La qualité des parties contractantes pourra quelquefois être prise en considération pour découvrir quelle a été

(1) Cass. 23 fév. 1864, D. 64, 1, 166; Cass. 22 avril 1872, D. 73, 1, 182, etc.; comp. Cass. 24 août 1880, D. 80, 1, 447.

(2) Cass. 13 août 1879, S. 81, 1, 225.

leur commune intention. Ainsi au lieu d'intervenir entre deux particuliers, le contrat est conclu entre une personne privée d'une part, et un État étranger d'autre part. Dans une telle hypothèse on a pu admettre :

Que la personne privée qui traite avec un État étranger se soumet, par le fait, aux lois et à la juridiction de cet État, lequel est toujours présumé traiter sous ses propres lois. Mais que les parties peuvent se placer sous une loi spéciale régie par la convention, et que cette convention doit être respectée en France si elle ne porte atteinte à aucun principe d'ordre public (1).

163. Comment faut-il appliquer les règles qui précèdent en matière de régime matrimonial quand il n'y a pas eu rédaction d'un contrat de mariage ?

Si, comme le veulent certains auteurs, le régime matrimonial doit être rattaché au mariage lui-même, il rentre sous l'empire du statut personnel et la loi nationale du mari doit être prépondérante (2). Mais si on pense au contraire avec Dumoulin et Pothier que la matière, en l'absence du contrat, se réfère à une *convention implicite* (3), il faut donner la prépondérance à la loi que les parties sont présumées avoir choisie.

C'est généralement le système suivi par la jurisprudence qui reconnaît que le choix du régime matrimonial dépend de la volonté des époux, et qui réduit la difficulté à une question d'intention à dégager par le juge (4).

Ainsi, un étranger et une Française domiciliés et établis en France, ont pu à raison de l'ensemble des circonstances révélant leur volonté commune, et notamment à raison de ce

(1) Trib. civ. Seine, 2 mars 1875, S. 77, 2, 25, note.

(2) V. en ce sens C. de justice de Genève, 7 septembre 1885, S. 85, 4, 15.

(3) *Traité de la comm.*, nos 11 et suiv.

(4) Paris 12 juillet 1889, *Gaz. Pal.*, 89, 382; Paris, 12 juillet 1889 *Gaz. Pal.*, 89, 477.

qu'ils demeuraient en France, et s'y étaient mariés, être présumés avoir adopté, à défaut de contrat, le régime de la communauté légale, tel qu'il est réglé par le Code civil (1).

Cette décision attache, on le voit, une certaine importance au domicile des conjoints au moment du mariage, considéré comme un élément pouvant aider à découvrir l'intention probable des parties.

Quelquefois les juges, pour découvrir cette même intention, attachent une importance décisive à la loi nationale des conjoints, envisagée comme loi tacitement convenue.

A ce point de vue, on a pu décider que l'étranger qui se marie sans contrat, en France, avec un Française est présumé se marier d'après son statut personnel, s'il n'a rien fait d'où l'on puisse induire de sa part une intention contraire (2); il en sera de même de deux étrangers mariés en France (3); de même encore deux époux français mariés à l'étranger où ils résidaient depuis longtemps doivent être considérés comme mariés sous le régime de la communauté légale, quand leur intention de se conformer aux principes de la loi française résulte des circonstances de la cause (4).

Enfin on rencontre des décisions aux termes desquelles, à défaut de contrat de mariage, les époux mariés à l'étranger doivent être réputés s'être soumis à la loi du *domicile matrimonial*, étant entendu que le *domicile matrimonial* est, non le domicile actuel ou antérieur de l'un des époux, ni même le lieu où se célèbre le mariage, *mais le lieu où les époux veulent s'établir immédiatement après la célébration* (5).

Nous croyons que cette dernière solution qui tend à mé-

(1) Cass. 15 juillet 1885, S. 86, 1, 225, avec les notes et les renvois.
(2) Aix, 7 fév. 1882, S. 83, 2, 110, et la note.
(3) Cass. 18 mai 1886, *Gaz. Pal.*, 86, 900.
(4) Paris, 7 décembre 1887, S. 89, 2, 239 et la note.
(5) Pau, 26 juillet 1886, S. 87, 2, 127.

connaître le principe de l'immutabilité du contrat de mariage doit être absolument repoussée.

164. Le créancier étant obligé d'exercer son droit dans un certain délai, sous peine de subir l'effet extinctif de la prescription, on peut considérer la prescription comme se rapportant à une modalité de la créance (1). La prescription doit donc s'accomplir d'après la loi qui régit le contrat lui-même. Cependant la question est controversée, et la jurisprudence est divisée : un grand nombre de décisions admettent que la prescription extinctive d'une obligation personnelle est régie par la loi du domicile du débiteur (2) ; d'autres admettent au contraire que cette prescription est régie par la loi du lieu où le débiteur est actionné (3). On attribue quelquefois une influence décisive pour la solution de la question au lieu où l'obligation a été contractée, au lieu où elle devait être exécutée, à celui où elle a reçu son commencement d'exécution, ou à la réunion de ces diverses circonstances (4). Au milieu de toutes ces divergences, la solution qui soumet la prescription de l'action engendrée par un contrat au même statut que ce contrat lui-même, nous paraît la plus conforme aux prévisions des parties et au principe de justice.

Mais lorsque l'action ayant été portée en justice a été suivie d'un jugement de condamnation, c'est le statut sous lequel a été rendu ce jugement qui règle seul ses conditions de validité, d'efficacité, et notamment la prescription qui peut le faire considérer comme non avenu (5).

165. Les obligations dérivant des quasi-contrats, des délits

(1) V. Lainé, *loc. cit.*, *Bull. Soc. légis. comp.*, 1890, p. 551.

(2) Besançon, 11 janv. 1883, sous Cass. 19 mai 1884, S. 85, 1, 113; C. de Bois-le-Duc (Hollande), 21 mars 1882, S. 83, 4, 9 et la note; Trib. féd. suisse, 24 juillet 1882, S. 82, 4, 40 et la note, etc.

(3) Voy. Alger, 17 janv. 1889, S. 89, 2, 104, et la note.

(4) Voy. trib. civ. Seine, 2 juin 1881, S. 81, 2, 218.

(5) Chambéry, 12 fév. 1869, S. 70, 2, 9.

civils et des quasi-délits, doivent être régies par d'autres principes. Elles n'ont pas en effet leur cause dans la volonté expresse ou tacite des parties, quoiqu'on puisse cependant retrouver l'intention de s'obliger dans les quasi-contrats. Mais il faut toujours un fait extérieur, caractérisé par la loi, pour que l'obligation soit engendrée. Or, il est naturel pour apprécier ce fait d'avoir égard à la loi du lieu où il s'est passé. Peu importe, dès lors, que le fait ne soit pas un délit là où la demande est intentée, il y présentera du moins le caractère d'un fait dommageable, et cela suffit pour que l'action soit reçue. La prescription à appliquer sera celle qui est établie par la loi du lieu où le fait s'est produit. Selon ces principes, les tribunaux français seront facultativement compétents pour connaître des actions dérivant de quasi-contrats, délits ou quasi-délits s'étant produits à l'étranger entre étrangers, et devront apprécier ces faits d'après la loi du lieu où ils se sont produits; mais leur compétence devient obligatoire si l'instance engagée a pour objet la réparation d'un délit ou d'un quasi-délit commis en France (1).

166. Nous reproduisons à titre de document intéressant à connaître, les textes du projet belge, résumant les explications qui précèdent :

« Art. 7. Les obligations conventionnelles et leurs effets sont réglés par la loi du lieu du contrat.

« Toutefois, préférence est donnée aux lois nationales des contractants, si ces lois disposent d'une manière identique.

« Ces règles ne sont pas applicables, si de l'intention des parties, constatée expressément ou manifestée par les circonstances, il résulte qu'elles ont entendu soumettre leur convention à une loi déterminée. La faculté accordée à cet égard aux parties contractantes ne peut avoir pour objet que la loi nationale de l'une d'entre elles, au moins, la loi du lieu

(1) Nancy, 9 fév. 1886, D. 87, 2, 31.

du contrat, ou la loi du lieu où celui-ci doit être exécuté.

« Les dispositions du présent article sont suivies quels que soient la nature des biens qui font l'objet de la convention, et le pays où ils se trouvent.

« Art. 8. Les quasi-contrats, les délits civils et les quasi-délits sont régis par la loi du lieu où le fait qui est la cause de l'obligation s'est passé. »

h) *Des lois concernant la forme des actes, l'exécution et la preuve.*

167. — Sens de la règle *locus regit actum.*
168. — Les actes pour lesquels la forme authentique est prescrite en France, sont-ils valablement faits sous seing privé, en pays étranger, si la loi du lieu le permet?
169. — Application de la règle aux actes instrumentaires.
170. — La règle *locus regit actum* est-elle impérative ou facultative? Précision à l'égard des actes simplement unilatéraux.
171. — Texte du projet belge, concernant les points ci-dessus.
172. — Compétence des consuls et agents diplomatiques français à l'étranger.
173. — Exécution des contrats, compétence, procédure.
174. — Modes ou moyens de preuve.
175. — Texte du projet belge concernant les points ci-dessus.
176. — L'erreur sur une disposition d'une loi étrangère ne peut donner ouverture à cassation.

167. Dans toutes les législations, les actes juridiques sont soumis à certaines formes dans le but d'en assurer la sincérité, la liberté et quelquefois l'irrévocabilité; ces formes ont été déterminées par le législateur de chaque pays, d'après sa manière particuliére d'apprécier les besoins locaux. On comprend donc qu'elles puissent changer d'un pays à un autre. Par conséquent, dans chaque nation, le juge ne doit, en principe, considérer comme valables, que les actes faits selon les formes prescrites par la loi qu'il est chargé de faire observer. Mais l'application stricte d'un principe aussi étroit aurait bien souvent pour résultat de rendre la vie civile impossible à ceux qui se trouveraient hors de leur patrie.

De là un tempérament nécessaire qui consiste, pour chaque nation, maîtresse de régler la forme des actes passés chez elle, à reconnaître le même droit aux autres nations, et qui s'est traduit par la formule *locus regit actum.*

Cette règle avait d'abord été admise dans le premier projet du titre préliminaire du Code civil, où elle formait l'art. 5 ainsi conçu : *La forme des actes est réglée par les lois du pays dans lequel ils sont faits ou passés.* Mais ce texte disparut de la rédaction définitive sous l'impression qu'il y aurait peut-être imprudence à transformer en loi une règle doctrinale que tout le monde n'entendait pas de la même manière (1), et on se borna à en faire certaines applications (art. 47, 170 et 999, C. C.).

La règle *locus regit actum* conserve donc encore un caractère doctrinal, et il faut examiner comment elle doit être appliquée devant les tribunaux français. Elle signifie d'abord que les Français qui se trouvent en pays étranger pourront y passer valablement des actes en suivant les formes prescrites par la loi locale.

Cette règle s'applique d'abord aux actes juridiques proprement dits (*negotia*) c'est-à-dire aux conventions et aux dispositions ou déclarations unilatérales.

168. La première question à résoudre est celle de savoir si cette règle autorise un Français à passer en la forme privée, dans un pays où la loi le permet, un acte pour lequel il faudrait, d'après la loi française, observer des formes solennelles, tels que : la reconnaissance d'un enfant naturel, la donation entre-vifs, le contrat de mariage, le contrat d'hypothèque, le testament. La raison de douter vient de ce que la forme, pour de tels actes, semble être une condition de leur existence (2). Mais en édictant la nécessité de la forme authen-

(1) V. Locré, t. I, p. 235, n° 4, 380, 393, etc. Fenet, VI, p. 74.
(2) Laurent, t. I, n° 99.

tique ou solennelle, le législateur n'a pu avoir l'intention d'interdire ces actes dans les pays où ces formalités ne peuvent être remplies. On objecte que la garantie résultant des formalité va se trouver supprimée... Cela n'est pas bien certain. Les *solennités* n'ont guère de valeur que dans le milieu pour lequel elles ont été faites, et il est permis de dire, avec Demolombe, que dans un pays où la forme sous seing privé est admise pour tel ou tel acte, cette forme doit équivaloir à la forme authentique dans un autre pays qui exigerait la forme authentique pour ce même acte. La jurisprudence est d'ailleurs dans ce sens (1). Ainsi, la Cour de cassation décide que le testament fait par un Français en pays étranger est réputé fait par acte authentique, sans que le concours d'un officier public soit nécessaire, s'il a été fait conformément à la loi du pays qui se contentait de la présence de quatre témoins (2). La présence de ces témoins constituait en effet une *solennité*, équivalente, d'après la loi locale, à la forme authentique. Mais si dans un pays le testament pouvait être fait sous seing privé, purement et simplement, sans l'adjonction d'une forme quelconque, ni l'assistance d'aucun témoin, il résulte des termes de l'art. 999, C. C., que pour être valable en France le testament fait dans ce pays par un Français devrait réunir les conditions voulues pour un testament olographe. C'est là une restriction formelle à la règle *locus regit actum.*

La jurisprudence va encore plus loin, et applique de la manière la plus large l'art. 47, C. C., qui semble exiger la rédaction d'un acte; elle décide que le mariage, l'acte civil, peut valablement intervenir entre Français, en pays étranger,

(1) Demolombe, t. I, nº 106 et les arrêts et auteurs cités.

(2) Cass. 6 fév. 1843, S. 43, 1, 209; comp. Aix, 11 juillet 1881, S. 83, 2, 249 et la note où sont exposés les divers systèmes sur la question.

sans aucun écrit (1), et que sa validité résulte de la justification faite qu'il a été célébré dans les formes et conditions voulues au lieu de la célébration. Dans l'espèce la justification consistait uniquement dans le témoignage de l'agent du consulat étranger donné à propos d'un acte ultérieur confirmatif de ce mariage (2).

A plus forte raison doit-on décider que le contrat de mariage d'un Français peut être fait sous-seing privé, dans un pays où cette pratique est admise, quoique la loi française exige un acte notarié.

169. La règle *locus regit actum* s'applique encore sans difficulté aux actes *instrumentaires* (*instrumenta*), documents écrits dressés pour conserver la preuve des faits juridiques. Elle régit non seulement la forme des actes publics ou notariés, considérés uniquement comme moyens de preuve, mais encore les actes sous-seing privé

Ainsi, par exemple, un acte de société dressé en Italie, entre Italiens, doit être tenu pour régulier par les tribunaux français, bien qu'il n'ait pas été dressé en autant d'originaux qu'il y a de parties contractantes, comme le veut la loi française (3), art. 1325.

Mais que faudrait-il décider si dans la même hypothèse l'acte relatif à une convention synallagmatique était intervenu entre deux Français? La raison de douter pourrait venir de ce que, dans l'espèce, les parties intéressées semblaient avoir eu la possibilité de se conformer à la loi française. L'art. 1325 du C. C. peut en effet être aussi bien observé à Rome qu'à Paris. Mais il peut n'y avoir là qu'une apparence; en fait les Français qui traitent en pays étranger prennent le

(1) Cass. 6 fév. 1843, précité.

(2) Cass. 8 juillet 1886, S. 87, 1, 449 et la note.

(3) Chambéry, 11 fév. 1880, S. 81, 2, 237; conf. Cass. 24 août 1880, S. 80, 1, 413.

plus souvent conseil des agents d'affaires des pays où ils se trouvent, lesquels suivent naturellement le formulaire qui leur est habituel. La règle *locus regit actum* a précisément pour objet de leur donner toute sécurité quand ils se conforment loyalement aux lois de la nation chez laquelle ils résident, même momentanément; mais on décide que cette même règle ne saurait protéger ceux qui se sont rendus en pays étranger dans le but unique d'y accomplir, en fraude de la loi française, certains actes juridiques soumis à des prescriptions qu'ils avaient intérêt à éluder en France.

170. On se demande si la règle *locus regit actum* est impérative ou simplement facultative.

La question a plusieurs faces, et plusieurs cas doivent être distingués :

1° Un acte juridique a été fait en pays étranger, conformément à la loi étrangère; les juges français, auxquels cet acte est soumis, doivent toujours le sanctionner, sauf la restriction résultant de l'art. 999 pour le testament fait par acte sous-seing privé et qui ne réunirait pas les conditions voulues pour un testament olographe.

2° Un acte a été fait en pays étranger par un Français qui a eu la possibilité d'observer, pour cet acte, la loi française contraire à la loi locale. Ainsi, un Français a fait son testament en la forme olographe dans un pays qui n'admet pas cette forme de tester; il résulte de l'art. 999 que les tribunaux français devront tenir ce testament pour valable; il aurait été absurde de décider qu'un testament fait par un Français *conformément aux lois de sa patrie* pouvait n'être pas valable. Dans ce cas l'observation de la règle *locus*... est facultative.

3° Prenons l'hypothèse inverse : un étranger a fait en France un testament olographe, valable d'après la loi de sa patrie, mais non conforme aux prescriptions de notre art. 970. La jurisprudence française, dominée par cet aperçu étroit que

les juges français ne doivent considérer comme valables les actes faits en France qu'autant qu'ils ont été faits suivant les formes de la loi française (1), annule un pareil testament considérant la maxime *locus....* comme impérative. Cependant s'il est absurde de décider qu'un testament fait par un Français *conformément aux lois de sa patrie*, peut n'être point valable, il est pareillement absurde de décider que le testament fait par un non-Français, *conformément aux lois de sa patrie*, peut être nul.

4° Supposons maintenant que cet étranger ait fait, en France, un testament olographe conforme aux prescriptions de l'art. 970, mais nul d'après la loi de son pays. Il semble absurde de déclarer valable un acte qui est nul d'après la loi de celui de qui il émane. D'un autre côté il semble non moins absurde de déclarer nul un acte *fait en France* conformément aux décisions de la loi française. En conséquence un tel acte a été déclaré valable, comme ayant satisfait aux prescriptions impératives de la maxime *locus regit actum* (2). Mais cette décision trouble le bon sens jurique; et elle nous conduit à faire la remarque suivante :

Dans les trois espèces qui viennent d'être examinées, la difficulté provient uniquement de l'opposition qui existe entre la loi territoriale, celle qui régit le lieu où le testament a été fait, et la loi nationale, celle qui régit la personne du testateur. Mais le testament olographe est-il un de ces actes à l'égard duquel la loi du lieu puisse avoir une prise quelconque? Certainement non; c'est un acte unilatéral, œuvre du testateur seul, qui n'a pas besoin de mentionner l'endroit où il l'a écrit. Cet acte doit donc être valable par lui-même, indépendamment du lieu où il a été fait. Mais s'il en est ainsi, cela prouve que le testament olographe échappe à l'empire

(1) Demolombe, 106 *bis* et les autorités et arrêts cités.
(2) Orléans, 3 août 1859, D. 59, 2, 159.

de la règle *locus regit actum;* qu'il rentre dans le domaine du statut personnel et qu'il doit par conséquent être régi par la loi nationale du testateur. Il convient d'ailleurs de généraliser la solution, en l'appliquant à tous les actes unilatéraux sous-seing privé, à l'égard desquels toute considération de lieu doit être indifférente puisqu'ils peuvent être faits partout.

5° Deux Italiens ont fait à Londres, en ce conformant à la loi italienne, un acte sous-seing privé nul d'après la loi anglaise. Cet acte donne lieu à des difficultés portées devant un tribunal français. Dans ce cas la règle *locus regit actum* doit être considérée comme facultative. Il serait singulier en effet qu'on put annuler un acte fait par les intéressés conformément aux lois de leur patrie.

6° Deux individus appartenant à des nationalités différentes ont fait dans un pays, où ils sont l'un et l'autre étrangers, un acte sous-seing privé qui est ensuite soumis aux tribunaux français. Dans ce cas, la règle *locus regit actum* devient obligatoire. L'acte ne pourra être validé que s'il est conforme à la loi locale, puisque les deux lois nationales des intéressés supposées contraires ou dissemblables se paralysent mutuellement.

171. Le projet belge a réglementé la forme des actes de la manière suivante qui s'écarte sur certains points de la doctrine ci-dessus exposée :

« Art. 9. Les formes des actes authentiques et des actes sous-seing privé sont réglées par les lois du pays où ils sont faits. Néanmoins l'acte sous-seing privé peut être dressé dans les formes admises par les lois nationales de toutes les parties.

« Art. 10. Lorsque la loi qui régit une disposition, exige comme condition substantielle que l'acte ait la forme authentique ou la forme olographe, les parties ne peuvent suivre une autre forme, celle-ci fût-elle autorisée par la loi du lieu où l'acte est fait. »

172. Nous devons faire remarquer que pour certains actes, notamment la constatation des naissances et des décès, et même la célébration des mariages *entre Français*, les Français qui se trouvent en pays étranger peuvent recourir au ministère des consuls et agents diplomatiques du gouvernement français (art. 48, 170, C. C., Ord. du 23 octobre 1833). Il en est de même des testaments qui peuvent être reçus par les chanceliers de consulat ou d'ambassade (art. 994, C. C., Ord. de 1681, art. 24).

D'après l'art. 24 de l'ordonnance de 1681, « les testaments reçus par le chancelier dans l'étendue du consulat, en présence du consul et de deux témoins et signés d'eux, seront réputés solennels. » Si ce texte, comme on l'admet généralement, est encore en vigueur pour déterminer la compétence des chanceliers, il l'est également en ce qui touche les formes qu'il édicte. Cependant la jurisprudence estime que le « texte de l'art. 24 doit être complété par les textes du Code », elle exige concurremment l'application de l'ordonnance et des règles générales concernant les testaments publics. Ainsi la présence de deux témoins sera suffisante, sans doute, mais le chancelier devra se conformer à l'art. 972, C. C., et par exemple le testament serait nul s'il ne mentionnait pas que lecture en a été faite en présence des témoins (1).

173. Les formalités relatives à l'exécution des contrats, à la compétence et à la procédure, sont évidemment régies par la loi du pays où l'exécution est poursuivie (2), ou du pays où l'instance est portée. On présente quelquefois cette solution comme un cas d'application de la règle *locus regit actum*. C'est là une erreur : cette règle, qui pourrait ne pas exister, bien qu'elle soit imposée par une nécessité sociale, n'est faite

(1) Cass. 20 mars 1883, S. 83, 1, 241; trib. Châteaubriant, 9 novembre 1889, *Gaz. Trib.* 30 décembre 1889.

(2) Limoges, 29 juin 1885, S. 87, 2, 81 et la note.

que pour les actes juridiques destinés à créer, à modifier ou à constater un droit. Il est manifeste qu'elle ne saurait concerner les actes d'exécution ou les poursuites judiciaires qui, dans chaque État, ne peuvent être employés qu'au nom de la puissance publique.

174. Pour les modes ou moyens de preuve, une distinction est nécessaire entre l'admissibilité d'un mode de preuve et la forme dans laquelle la preuve admise sera administrée. La manière de produire une preuve se rattache évidemment à la procédure de poursuite ou d'exécution, et ne peut avoir lieu que suivant les formes en vigueur devant le tribunal saisi du litige, *lex fori*. Mais l'admissibilité de la preuve elle-même sera déterminée par la loi du pays où le fait juridique qu'il s'agit d'établir s'est passé. La Cour de cassation a consacré cette distinction qui est quelquefois contestée, elle a décidé que : l'art. 1341 exigeant un écrit et prohibant la preuve testimoniale pour la constatation des conventions au-dessus de 150 francs, est inapplicable au contrat passé à l'étranger entre personnes de nationalités différentes ; ce contrat est régi quant à sa forme et à son mode de preuve par la loi du pays où il a été conclu, et non par la loi du pays où son exécution est poursuivie (1).

175. Le projet belge a réglementé ces points de la manière suivante :

« Art. 11. La compétence et les formes de procédure sont réglées par les lois du pays où l'instance est portée.

« Les modes d'exécution des contrats et des jugements sont régis par la loi du pays où l'exécution est poursuivie.

« Les moyens de preuve sont déterminés par les lois du pays où le fait juridique qu'il s'agit d'établir s'est passé. Toutefois si les lois nationales de toutes les parties autorisent de plus amples moyens de preuve, ils seront admis. »

(1) Cass. 24 août 1880, S. 80, 1, 413, et la note.

176. Les tribunaux français auront donc bien souvent l'occasion d'appliquer les lois étrangères aux litiges portés devant eux. Mais le juge est-il strictement obligé d'appliquer cette loi, et de s'enquérir lui-même de ses dispositions? D'après la jurisprudence française, c'est à celui qui invoque devant les tribunaux français les dispositions d'une loi étrangère à prouver la teneur de cette loi; à défaut de preuves, on devrait présumer que la loi étrangère est, sur le point litigieux, identique à la loi française. Les juges, quant à l'admission des moyens de preuve, auraient un pouvoir souverain d'appréciation (1). L'erreur sur les dispositions d'une loi étrangère ou l'interprétation erronée qui en serait faite ne saurait donner ouverture à cassation, à moins qu'il n'en résultât une contravention à la loi française; elle ne constituerait qu'une appréciation souveraine de fait échappant au contrôle de la Cour suprême (2).

§ 5. — De l'interprétation, de l'application et de l'observation des lois.

a) *Interprétation et application des lois.*

177. — Possibilité théorique d'une lacune dans la loi; texte de l'article 4, C. C.
178. — Nécessité d'interpréter la loi : interprétation législative, judiciaire, doctrinale.
179. — Devoirs et pouvoirs du juge; peut-il juger la constitutionnalité de la loi ou des décrets réglementaires?
180. — Quand y a-t-il déni de justice?
181. — Effets du déni de justice.
182. — Incompétence du juge; conflit négatif et positif de juridiction ou d'attribution.

(1) Voy. note sous un arrêt de la C. de Bordeaux, 1er mars 1888, D. 90, 2, 89.

(2) Cass. 29 avril 1885, S. 86, 1, 118; Cass. belge, 9 mars 1882, S. 82, 4, 17; Cass. 12 fév. 1879, S. 79, 1, 121; Cass. 22 novembre 1872, S. 73, 1, 17.

183. — Limites tracées aux pouvoirs du juge. Texte de l'art. 5, C. C.
184. — Sens de la prohibition contenue dans l'art. 5.
185. — Les tribunaux peuvent-ils prononcer pour l'avenir des défenses, avec sanction pénale déterminée?

177. Sous l'empire d'un droit purement coutumier, il ne saurait y avoir de lacunes dans la loi. Le juge chargé d'appliquer *les précédents*, peut, à leur défaut, en créer lui-même. Sous l'empire d'un droit codifié, il n'en est pas ainsi : la codification la mieux faite et la plus complète qu'il soit possible d'imaginer, laisse toujours subsister la difficulté théorique suivante : comment devra-t-on statuer, le cas échéant, dans les cas non prévus par le Code? La question fut posée lors de la discussion du Code civil; quelques-uns proposèrent de charger le Sénat ou un jury spécial de statuer sur les points qui n'avaient pas été réglés par la loi civile. C'était aller chercher bien loin le juge qu'on avait tout près; il était plus simple de donner cette mission aux tribunaux ordinaires, en leur imposant l'obligation de ne jamais renvoyer les parties sans une décision. Ce fut l'objet de l'art. 4.

ART. 4. Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice (*).

178. Les cas dans lesquels la loi est véritablement insuffisante sont extrêmement rares, et presque toujours un argument d'analogie fournira au juge un principe de solution. Mais il faut supposer que la loi est bien comprise et bien interprétée.

On peut concevoir trois sortes d'interprétation :

1° L'interprétation législative;

2° L'interprétation judiciaire;

3° L'interprétation doctrinale, dont nous n'avons pas à nous occuper.

(*) Art. 4. — L. 10, 12, 13, D. 1, 3, *De leg.;* L. 7, § 1, D. 1, 1, *De just. et jur.;* L. 13, D. 22, 5, *De test.*

Sous l'empire des constitutions de 1790, 1791 et de l'an VIII l'interprétation par voie législative était réglée par des lois spéciales; dans certains cas il fallait en référer au pouvoir législatif, et par conséquent le cours de la justice pouvait se trouver interrompu.

Une loi du 16 septembre 1807 décida qu'à l'avenir l'interprétation serait donnée par le gouvernement, sur l'avis du Conseil d'Etat.

Plus tard, la loi du 30 juillet 1828 rendit cette attribution à la puissance législative; enfin fut promulguée la loi du 1er avril 1837 qui est la seule en vigueur aujourd'hui. Cette loi ne parle plus d'un référé quelconque au pouvoir législatif pour l'interprétation des lois; elle se borne à organiser l'interprétation judiciaire; en voici le texte :

« Art. 1er. Lorsqu'après la cassation d'un premier arrêt ou jugement rendu en dernier ressort, le deuxième arrêt ou jugement rendu dans la même affaire, entre les mêmes parties, procédant en la même qualité, sera attaqué par les mêmes moyens que le premier, la Cour de cassation prononcera toutes les chambres réunies.

« Art. 2. Si le deuxième arrêt ou jugement est cassé pour les mêmes motifs que le premier, la Cour d'appel ou le tribunal auquel l'affaire est renvoyée se conformera à la décision de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par cette Cour. »

Il ne résulte pas de la loi du 1er avril 1837 qu'il n'y a plus aujourd'hui lieu au vote de lois interprétatives, c'est-à-dire, déterminant, *pour le passé*, le vrai sens d'une loi. Les pouvoirs du législateur n'ont pas été amoindris sur ce point.

179. Le premier devoir du juge, dans l'appréciation d'un litige qui lui est soumis, est de rechercher quelle est la loi applicable à l'espèce, soit directement, soit par analogie. Si la demande n'est sanctionnée ni directement, ni indirecte-

ment par la loi positive, le juge devra la déclarer irrecevable (1).

Si la demande paraît sanctionnée par une loi, directement ou par analogie, le juge a le droit d'examiner si l'acte dont on lui demande l'application présente les caractères voulus pour constituer une loi promulguée et actuellement exécutoire, mais il n'a pas à apprécier la loi en elle-même, ni à vérifier sa constitutionnalité ou son inconstitutionnalité. Néanmoins les juges ont le droit de rechercher si les décrets réglementaires ont été pris dans les formes voulues pour en assurer la constitutionnalité et la légalité (2).

180. Les juges doivent statuer sur tous les chefs de conclusions dont ils sont saisis. Mais il n'y aurait pas de leur part déni de justice, s'ils refusaient de régler d'avance les difficultés éventuelles pouvant dériver de l'exécution de leur décision, sauf aux tribunaux à y statuer ultérieurement si ces difficultés venaient à surgir (3), ou s'ils décidaient qu'il y a lieu de disjoindre du litige qu'ils terminent, pour y être statué ultérieurement, certaines questions considérées comme indépendantes de ce même litige (4).

Le déni de justice caractérisé résulte d'une décision rendue par le juge saisi d'une contestation de laquelle il appert qu'il a refusé de statuer sur un chef de demande.

Il y a encore déni de justice lorsque les juges refusent de répondre les requêtes, ou négligent les affaires en état et en tour d'être jugées (art. 506, C. pr. c.). Dans ce cas, le déni de justice sera constaté par deux réquisitions faites aux juges en la personne des greffiers, et signifiées de trois en trois jours au moins, pour les juges de paix et de commerce, et de huitaine en huitaine au moins pour les autres juges. Tout

(1) Voy. DEMOLOMBE, t. I, n° 113.
(2) Cass. 28 octobre 1885, S. 86, 1, 377, note.
(3) Cass. 11 août 1856, S. 57, 1, 126.
(4) Cass. 18 juillet 1872, S. 75, 1, 171.

huissier requis sera tenu de faire ces réquisitions à peine d'interdiction (art. 507, C. pr. c.).

181. Le déni de justice constaté a pour résultat de rendre possible contre le juge la procédure de la *prise à partie*.

La prise à partie n'est pas une voie de recours ouverte contre une décision, c'est une action en dommages contre le juge. Il suit de là que, nonobstant le succès de la prise à partie, le jugement à l'occasion duquel elle a été formée n'en produit pas moins tous ses effets; seulement celle des parties à laquelle il causerait un préjudice en obtient, à titre de dommages-intérêts, la réparation contre le juge (1).

En outre, d'après l'art. 185 du Code pénal : « Tout juge ou tribunal... qui aura dénié de rendre la justice qu'il doit aux parties, après en avoir été requis, et qui aura persévéré dans son déni, après avertissement ou injonction de ses supérieurs, pourra être poursuivi, et sera puni d'une amende de deux cents francs au moins et de cinq cents francs au plus, et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques depuis cinq ans jusqu'à vingt. »

182. Un juge ne pourrait donc, sans engager gravement sa responsabilité, refuser de juger *sous prétexte* du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi. Mais il peut refuser de juger *par la raison* qu'il serait incompétent. Si le nouveau juge devant qui la demande est portée se déclare aussi incompétent, il se produit une situation ayant pour les parties intéressées les mêmes effets qu'un déni de justice. Il y a dans ce cas, ce qu'on appelle assez improprement un *conflit négatif*.

Si le conflit négatif s'élève entre deux ou plusieurs tribunaux de l'ordre judiciaire, il donne lieu à la procédure en *règlement de juges*, et il doit être vidé par les tribunaux civils, les Cours d'appel ou la Cour de cassation, suivant les distinc-

(1) Voy. Carré-Chauveau, *Lois de la proc.*, t. IV, p. 386 et suiv.

tions posées par l'art. 363, C. pr. c. La demande en règlement de juges sur conflit négatif, n'est recevable qu'après que les deux jugements d'incompétence sont passés en force de chose jugée, parce que tant que l'appel est possible on peut espérer trouver des juges (1).

Si le conflit négatif s'élève entre plusieurs tribunaux de l'ordre administratif, il doit être vidé par le Conseil d'Etat.

Dans les deux cas on dit qu'il y a *conflit négatif de juridiction*.

Mais il peut arriver que le conflit négatif se produise entre un tribunal judiciaire et un tribunal administratif. Il y a dans ce cas *conflit négatif d'attribution*, qui sera tranché par le tribunal des conflits (2).

Le *conflit positif d'attribution*, dont nous n'avons pas à parler, se produit lorsque l'autorité administrative revendique la connaissance d'une affaire portée devant un tribunal judiciaire et qu'elle prétend être de sa compétence.

Le *conflit négatif d'attribution* diffère du conflit positif, en ce que le recours devant le tribunal des conflits est exercé, non par le préfet, mais par les parties elles-mêmes, au moyen d'une requête signée d'un avocat au Conseil d'Etat (3). De plus, la partie qui succombe sera condamnée aux dépens, alors qu'en matière de conflit positif, le préfet qui succombe n'est pas condamné aux dépens (4).

Le conflit négatif d'attribution diffère du conflit négatif de juridiction en ce qu'il peut être élevé aussitôt qu'on est en présence de décisions contraires, émanées même de tribunaux inférieurs, non en dernier ressort, et sans qu'il soit nécessaire que les parties aient saisi tous les degrés de juridic-

(1) Voy. Carré-Chauveau, t. III, q. 1319, 7, p. 289.

(2) Voy. Ordon. du 1er juin 1828; Déc. du 26 octobre 1849, Loi du 24 mai 1872.

(3) Décr. du 26 octobre 1849, art. 17.

(4) Trib. Confl. 1er mars 1873, D. 73, 3, 51.

tion, soit dans l'ordre judiciaire, soit dans l'ordre administratif.

183. Les juges ont pour mission unique de statuer sur les contestations dont ils sont régulièrement saisis par les parties intéressées. Ils ne peuvent s'immiscer ni dans l'administration des intérêts publics, ni dans la confection de la loi. Ils peuvent, s'ils sont consultés par le gouvernement, délibérer un avis sur le texte d'un projet de loi, mais ils ne saurait édicter eux-mêmes, comme autrefois les parlements, des *règlements* valables dans l'étendue de leur ressort. Leurs pouvoirs sont, à cet égard, nettement restreints par l'art. 5.

ART. 5. Il est défendu aux juges de prononcer, par voie de disposition générale et réglementaire, sur les causes qui leur sont soumises (*).

184. Cela signifie qu'ils doivent seulement statuer sur les causes qui leur sont soumises; que le dispositif de leurs décisions ne peut avoir pour objet que les difficultés *actuellement* pendantes, telles qu'elles sont limitées par les conclusions prises devant eux; que pour terminer ces difficultés, les juges ne sont pas liés par les décisions qu'ils ont pu rendre antérieurement dans les espèces semblables, et qu'ils ne peuvent pas se lier pour l'avenir, en déclarant qu'ils jugeront désormais les mêmes questions d'après certains principes. Sans doute, les juges peuvent avoir et ont ordinairement, sur les questions qui reviennent le plus souvent devant eux, ce qu'on appelle une *jurisprudence*, c'est-à-dire, une certaine manière d'envisager ces questions. Mais ils peuvent à chaque instant modifier ou changer cette jurisprudence.

De là il suit que chaque décision doit se suffire à elle-même quant aux motifs et au dispositif qui la constituent; les juges ne pourraient donc pas motiver une décision en se référant à une autre décision précédemment rendue. En agissant ainsi, ils paraîtraient vouloir attribuer pour l'avenir, une

(*) Art. 5. — L. 24 août 1790, tit. II, art. 12.

portée générale et réglementaire à la décision visée. Mais pourraient-ils se référer simplement à leur *jurisprudence ordinaire*. Ainsi, une Cour avait dit : « Attendu qu'il est admis par la jurisprudence de la Cour, que telle clause conçue en tels termes équivaut à, etc... » La Cour de cassation a décidé que l'arrêt n'avait pas prononcé par voie de disposition générale et réglementaire. Cela est admissible ; mais restait à savoir si l'arrêt était suffisamment motivé (1).

Les motifs peuvent évidemment présenter un certain caractère de généralité ; les juges peuvent en effet indiquer les règles et principes généraux du droit sur lesquels ils fondent leur décision. Une telle indication trouve sa place naturelle dans les motifs ; si elle a été insérée dans le dispositif, on ne devra pas la considérer comme une disposition réglementaire, si elle n'a d'autre but que de justifier la décision portant exclusivement sur les différends des parties en cause (2).

185. De ce que les juges ne doivent statuer que sur les contestations *actuelles* qui leur sont soumises, il suit qu'ils ne peuvent *prévoir*, pour les régler d'avance, celles qui ne sont pas encore nées ; qu'en un mot ils ne peuvent pas statuer pour l'avenir.

Il ne saurait y avoir aucune difficulté lorsque les juges se bornent à reconnaître au profit de certaines personnes le droit de jouir de certains avantages (3). Mais de ce qu'une telle décision implique qu'aucun obstacle ne doit être apporté à l'exercice du droit reconnu, s'ensuit-il que le juge puisse, *pour l'avenir*, faire défense à la partie qui succombe de faire certains actes déterminés contraires à l'exercice du droit cons-

(1) Cass. 11 mars 1884, S. 84, 1, 288, et la note.

(2) Cass. 1er fév. 1882, S. 83, 1, 201 ; conf. Cass. 11 novembre 1872, S. 72, 1, 428 et les arrêts cités en note ; comp. Cass. 1er mai 1883, S. 83, 1, 265.

(3) Voy. Cass. 24 novembre 1873, S. 74, 1, 34 ; comp. Cass. 27 mai 1862, S. 62, 1, 966.

taté? la Cour de cassation l'a admis, par le motif qu'une telle défense se trouve déjà implicitement contenue dans la décision qui reconnaît le droit lui-même (1). Cela paraît difficilement justifiable; une telle défense a en effet pour résultat de lier le juge qui sera appelé à statuer sur les prétendues contraventions qui pourront se produire dans l'avenir.

La Cour va encore plus loin; elle admet que les juges peuvent, en même temps qu'ils prononcent pour l'avenir certaines prohibitions ou défenses, condamner d'ores et déjà la partie qui succombe, à payer une somme fixe, à titre de dommages-intérêts pour chaque contravention constatée (2).

Cela est manifestement contraire à l'esprit de l'art. 5 : « Les tribunaux, dit avec raison la Cour d'Aix, n'étant appelés à statuer que sur des faits accomplis, ne peuvent prononcer des inhibitions et défenses avec sanction pénale fixe et déterminée (3). » Les faits nouveaux ont besoin d'être constatés et appréciés et doivent faire l'objet d'une instance nouvelle (4). Cette doctrine formulée à l'occasion des faits de contrefaçon d'une invention brevetée doit être généralisée (5).

b) *Observation de la loi par les particuliers.*

186. — Texte de l'art. 6, C. C.; — Notions de l'*ordre public*, des *bonnes mœurs* et des *mœurs*.

187. — Inutilité pratique de l'art. 6, en ce qui touche les dérogations aux lois, dites d'ordre public.

188. — Démonstration : 1° Quant aux lois d'impôt;

189. — 2° Quant aux lois réglant l'ordre des juridictions ;

(1) Cass. 5 juillet 1865, S. 65, 1, 441 ; comp. Cass. 12 novembre 1884, S. 85, 1, 451 et la note.

(2) Cass. 6 juin 1859, D. 59, 1, 248.

(3) Aix, 25 fév. 1847, D. 47, 2, 85; conf. Paris, 4 déc. 1841, D. *Répert.*, v° *Jugement*, n° 159.

(4) E. Blanc, *De la contrefaçon*, p. 686; Nouguier, *De la contrefaçon*, n° 1042.

(5) Voy. Laurent, t. I, n° 267.

190. — 3° Quant aux lois réglant l'état et la capacité des personnes;
191. — 4° Quant aux lois garantissant l'intérêt des tiers.
192. — *Quid* des lois pénales?
193. — Inutilité pratique de l'art. 6 en ce qui concerne les dérogations aux lois intéressant les bonnes mœurs. — Des conventions contraires aux bonnes mœurs.
194. — *Criterium* pour reconnaître ce qui est contraire aux *bonnes mœurs;* opinion de M. Laurent.
195. — Les bonnes mœurs sont les habitudes encouragées et protégées par le législateur lui-même; démonstration : cinq classes principales d'habitudes encouragées par le législateur.
196. — Application résultant de la jurisprudence.
197. — Résumé de la doctrine qui précède.
198. — Des dérogations aux lois qui n'intéressent ni l'ordre public, ni les bonnes mœurs; des lois dites *prohibitives.*
199. — Des lois dites *impératives;* distinction entre les formalités substantielles et les formalités accidentelles.
200. — Des lois dites *déclaratives.*
201. — Des nullités; distinction entre les actes inexistants, et les actes annulables. — De la renonciation aux nullités; de la fraude à la loi.

186. Après avoir indiqué comment le juge devait interpréter et appliquer la loi, le législateur s'est demandé comment les particuliers devaient l'observer, et il a cru devoir formuler sur ce point le principe général suivant:

ART. 6. On ne peut déroger, par des conventions particulières,	aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs (*).

De là il suit qu'on peut déroger aux lois qui n'intéressent ni l'ordre public, ni les bonnes mœurs.

La loi emploie ces expressions sans les définir.

L'ordre public n'est qu'un résultat; il est la conséquence de l'observation de la loi par les citoyens. Toute violation de la loi compromet plus ou moins ce résultat.

(*) Art. 6. — L. 45, § 1, D. 50, 17, *De div. reg. juris;* L. 28, pr. L. 38, D. 2, 14, *De pactis;* L. 20, pr. D. 11, 7, *De relig. et sumpt. fun.;* L. 1, § 9, 28, 8, *De magist. conven.;* L. 15, § 1, D. 35, 2, *Ad. leg. falc.;* L. 5, C. 1, 14, *De leg.* POTHIER, *Oblig.*, n° 15.

Considéré comme ayant une sorte d'existence abstraite, l'ordre public a pu être défini : L'arrangement résultant des lois ayant pour objet de fixer l'état des personnes ainsi que la capacité ou l'incapacité qui y est attachée (1), et ajouterons-nous, de sauvegarder l'intérêt des tiers.

Les bonnes mœurs, qu'il ne faut pas confondre avec la morale, sont les habitudes acquises pour le bien en tant qu'elles sont protégées ou déterminées par les lois positives.

Lorsque le législateur emploie simplement l'expression *mœurs* sans qualificatif, comme dans l'art. 900, il veut parler non seulement des *bonnes mœurs*, mais aussi et principalement des mœurs politiques et sociales, telles qu'elles sont déterminées par le nouveau régime politique issu des principes de la Révolution, par opposition aux mœurs politiques et sociales de l'ancien régime.

Les conventions contraires à l'*ordre public*, aux *bonnes mœurs* ou simplement aux *mœurs* sont donc réprouvées par le législateur qui ne saurait les sanctionner.

187. Mais il importe d'observer que la disposition de l'art. 6 n'a que la valeur d'une simple remarque ; elle tend seulement à constater que, en fait, les conventions dont il s'agit se trouvent destituées de toute efficacité. La portée législative de l'art. 6 est d'ailleurs nulle. Il pourrait disparaître du Code sans qu'aucune des conventions qu'il prévoit pût être validée. Toutes ces conventions, en effet, sont nulles ou inefficaces, soit parce qu'elles n'ont pas d'objet, soit parce que leur objet est hors du commerce ; soit, selon la théorie du Code, sur la cause des obligations, parce que la cause est illicite ou absente, soit parce qu'elles tombent sous l'application de quelque autre règle de droit. Par conséquent, dans toutes les hypothèses auxquelles se référait le législateur quand il édictait l'art. 6, il y aura toujours, pour prononcer

(1) Voy. LAURENT, t. I, n° 46.

la nullité ou l'inefficacité de la convention, une raison juridique palpable, bien plus satisfaisante pour l'esprit, que les vagues considérations dérivant d'un ordre public à peu près indéfinissable. Il est bien facile d'en fournir la preuve.

188. Le premier exemple que donne M. Laurent de l'application de l'art. 6, en ce qui concerne l'ordre public, est tiré de la matière des impôts : « Toutes les lois qui se rattachent au droit public, dit-il, étant d'ordre public, les particuliers n'y peuvent déroger sous peine de nullité. Telles sont les lois qui établissent les impôts. La loi frappe la propriété foncière d'une contribution et elle l'exige du propriétaire. Si dans un bail les parties mettent l'impôt foncier à la charge du preneur, cette convention peut-elle déroger à la loi? En ce qui concerne les droits de l'État, elle est nulle; le fisc pourra exiger du propriétaire le paiement de la contribution que la loi lui impose, sauf aux parties contractantes à régler leurs intérêts comme elles l'entendent (1). »

Sans doute, une telle convention est nulle vis-à-vis de l'État, mais non pas à cause de la violation de l'art. 6 et d'une atteinte portée à l'ordre public; elle est nulle par la raison autrement claire et décisive qu'un débiteur ne peut pas, pour l'exécution de son obligation, se substituer une autre personne vis-à-vis du créancier.

De même le débiteur de l'impôt appelé droit de mutation, ne peut, par aucune combinaison, se soustraire à la nécessité d'acquitter le paiement de ce droit. Pourquoi? Parce qu'il est débiteur. Ainsi, par exemple, dans un acte sous seing privé de vente immobilière, une clause a été insérée portant que cet acte ne sera pas enregistré, que le vendeur remettra une procuration à l'acheteur pour revendre l'immeuble, et que les frais d'enregistrement seront à la charge de celle des parties qui y aura donné lieu par l'inexécution

(1) T. I, n° 51.

des clauses stipulées. Il est manifeste qu'une telle convention ne peut produire aucun effet vis-à-vis de l'administration. Mais de ce que la clause est non avenue vis-à-vis de l'administration, s'ensuit-il qu'il faille la déclarer illicite entre les parties en vertu de l'art. 6, et refuser en conséquence à l'acquéreur le droit de répéter contre le vendeur les frais d'enregistrement dont il a dû faire l'avance par suite du refus du vendeur de lui remettre la procuration pour la revente? Quelques arrêts se sont prononcés dans ce sens (1). Leur décision paraît juste; la clause avait pour objet la dissimulation au fisc d'une mutation sur deux, c'est-à-dire l'accomplissement d'une fraude vis-à-vis de l'État créancier; l'obligation éventuellement imposée au vendeur de rembourser les frais d'enregistrement à l'acheteur avait donc une cause illicite (art. 1131) ou était subordonnée à une condition illicite (art. 1172), indépendamment de toute considération d'ordre public.

189. Le second exemple donné par M. Laurent de conventions contraires à l'ordre public est emprunté aux lois qui règlent l'ordre des juridictions : « Les parties intéressées, dit-il, ne peuvent pas porter leur procès directement en appel; elles ne peuvent pas donner aux tribunaux de commerce compétence en matière civile, ni étendre la juridiction exceptionnelle des juges de paix (2). » Ces solutions sont incontestables et la jurisprudence décide pareillement que l'incompétence des tribunaux de commerce étant d'ordre public, les parties ne peuvent valablement leur attribuer juridiction (3). Mais pourquoi parler d'ordre public? L'article 1128 porte que les choses qui sont dans le commerce

(1) Paris, 16 décembre 1875, S. 78, 2, 321 et plusieurs autres arrêts cités en note. La Cour de cass. a statué en sens contraire, V. Cass. 13 mai 1839, S. 39, 1, 302; Caen, 9 juillet 1849, S. 52, 2, 118.

(2) T. I, n° 51.

(3) Paris, 2 mars 1875, S. 75, 2, 180.

peuvent seules faire l'objet des conventions. Or, l'art. 111 n'a mis dans le commerce que la compétence *ratione personæ,* donc il suffisait de dire que l'ordre des juridictions, n'étant pas dans le commerce, ne pouvait faire l'objet d'une convention valable. Cette préoccupation intempestive de l'ordre public a conduit d'ailleurs la jurisprudence à méconnaître la portée réelle de l'art. 111 et la liberté des conventions. En vertu de l'art. 111, C. C., les parties peuvent stipuler que si un procès s'élève sur l'exécution de leurs conventions, ce procès sera soumis à un tribunal autre que celui de leur domicile, par exemple au tribunal du lieu où l'exécution de la convention doit recevoir son complément. Or un tarif international contenait une clause portant qu'en cas de perte ou accident, le dommage serait toujours réglé au lieu de destination, ce qui pouvait en certains cas attribuer compétence à une juridiction étrangère. Il a été jugé qu'une telle clause ne pouvait enlever à la juridiction française la connaissance d'une contestation née d'un contrat conclu en France, entre des parties françaises ! Pourquoi ? Parce que la compétence des tribunaux français est d'ordre public pour des Français (1) !

190. « Les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes, dit encore M. Laurent, *étant d'ordre public*, toute convention qui y déroge est frappée de nullité (2). »

L'art. 1388 contiendrait une application de cet aperçu : « Les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants, ni aux droits conférés au survivant des époux par les titres de la puissance paternelle et de la minorité. » Mais ne suffit-il pas de dire qu'il appartient au législateur seul, et non aux particuliers, de régler l'état et la capacité des

(1) Paris, 11 juin 1877, S. 77, 2, 313 et la note.
(2) T. I, n° 52.

personnes, et que par conséquent l'état et la capacité des personnes ne peuvent faire l'objet des conventions ?

Ainsi, la jurisprudence a justement décidé : que le mari ne pouvait valablement déléguer à un tiers le droit d'autorisation qui lui appartient quant aux actes juridiques de la femme (1) ; qu'une femme mariée ne peut, même par contrat de mariage, stipuler qu'elle sera incapable de s'obliger envers les tiers, fût-ce avec l'autorisation de son mari ou de justice (2) ; qu'un conseil de famille ne peut, dans la délibération maintenant la tutelle à la veuve remariée, déclarer que la mère ne pourra réclamer la garde de l'enfant qu'à la charge de subvenir, sans indemnité, à son entretien (3). La garde de l'enfant est en effet un des attributs de la puissance paternelle, et il ne saurait appartenir aux particuliers de prétendre modifier la loi qui l'organise.

Des décisions anciennes avaient déjà déclaré qu'une convention entre le père et le fils ne peut avoir pour objet l'émancipation de ce dernier (4) ; que le mari majeur ne pouvait céder à la femme l'administration de ses biens, en déclarant que cette cession serait équivalente à son interdiction judiciaire (5). Mais quelle nécessité y avait-il de motiver l'annulation de ces conventions sur ce qu'elles dérogeaient à une loi intéressant l'ordre public ? n'était-il pas plus simple de dire que la capacité qu'elles avaient eu l'intention de réglementer, ne peut pas faire l'objet d'une convention. Cela est plus clair que de faire appel à un *ordre public* dont la plupart des auteurs prétendent qu'il est impossible

(1) Cass. 2 août 1876, S. 1, 215, note

(2) Cass. 12 novembre 1879, S. 80, 1, 125 ; Paris, 19 juin 1884, S. 84, 2, 192, avec les notes et renvois.

(3) Rennes, 24 fév. 1883, S. 84, 2, 150.

(4) Cass. 7 mars 1816, MERLIN, v° *Loi*, § 5, n° 10.

(5) Cass. 7 septembre 1808, DALLOZ, *Répert.*, v° *Interdiction*, n° 31.

de donner la définition, parce qu'il est impossible d'en avoir une notion précise.

191. Il est de règle que nul ne peut déroger aux dispositions de loi ayant pour objet de garantir les intérêts des tiers. Ainsi, par exemple, on stipulerait vainement dans un acte constitutif d'hypothèque que le créancier sera dispensé de prendre inscription (art. 2134), ou dans un acte de vente sous-seing privé, que cet acte fera lui-même foi de sa date à l'égard des tiers (art. 1328) (1). Pourquoi cela? Parce que les parties ne peuvent renoncer qu'aux avantages ou garanties qui les concernent elles-mêmes; elles ne peuvent pas disposer du droit ou de l'intérêt des tiers, c'est-à-dire de ce qui ne leur appartient pas. Il est donc inutile, pour expliquer ces solutions, de placer, comme on le fait souvent, le respect des droits des tiers sous la protection de l'art. 6; quand même l'art. 6 n'existerait pas, le droit des tiers serait sauvegardé.

192. On enseigne encore que *toute loi pénale rentre dans l'art. 6* (2). Il semblerait résulter de là que lorsque des particuliers tentent de déroger à une loi pénale au moyen d'une convention, l'inefficacité de cette convention ne pourrait être prononcée qu'en vertu de l'art. 6, de sorte que la loi pénale ne se suffirait plus à elle-même! Le style des arrêts et des arrêtistes est tout à fait conçu dans cet ordre d'idées. Ainsi, par exemple, ils déclarent que les prescriptions de l'arrêté de police qui fixe le prix de la viande de boucherie sont d'ordre public et qu'il ne peut, pour ce motif, y être dérogé par des conventions particulières; que ce principe est tellement strict que le boucher qui aurait vendu de la viande à un prix au-dessus de la taxe, ne pourrait être excusé sur le motif que l'acheteur aurait consenti à donner ce prix pour

(1) Voy. ZACHARIÆ, t. I, § 36.
(2) LAURENT, t. I, n° 56.

avoir un morceau de son choix (1). Nous sommes tout à fait de cet avis, mais nous pensons qu'il est tout à fait inutile, pour le justifier, d'invoquer l'art. 6 et l'ordre public; il suffit d'invoquer la loi pénale qui a été violée.

193. L'inutilité de l'art. 6 est encore plus manifeste en ce qui touche ce qu'on appelle *les bonnes mœurs.*

L'art. 6 ne vise que les conventions particulières dérogeant *à une loi* intéressant les bonnes mœurs; il laisse donc de côté les conventions qui sont simplement contraires aux bonnes mœurs.

Comme exemple d'une convention dérogeant à une loi, Merlin cite le cas d'un accord par lequel le père, la mère ou le tuteur d'un enfant mineur s'obligerait, moyennant la promesse d'une somme d'argent, à le prostituer. En effet, dit M. Laurent, le Code pénal punit ce fait de peines correctionnelles. Mais nous soutenons que la promesse d'un fait puni par la loi, ne saurait constituer une prestation de nature à faire l'objet d'une convention. Merlin se demandait s'il en serait de même de la convention par laquelle une personne majeure se prostituerait moyennant une promesse d'argent; il répond que non parce que la loi pénale ne punissant pas ce fait, l'art. 6 du Code est inapplicable. Mais M. Laurent fait remarquer que si une pareille convention ne peut être attaquée en vertu de l'art. 6 du Code civil, elle sera cependant nulle d'après les art. 1131 et 1133 (2). C'est précisément la doctrine que nous soutenons en la généralisant; nous prétendons que l'art. 6 est toujours inutile, et que chaque fois qu'il se produit une convention contraire à une loi concer-

(1) Cass. 18 mai 1855, S. 55, 1, 473; Cass. 25 mai 1855, S. 55, 1, 473. Voy. Circ. min. 27 décembre 1864, même jurisprudence pour la boulangerie en ce qui concerne le prix et le poids du pain : Cass. 14 fév. 1863, S. 63, 1, 184. Voy. Cass. 16 août 1855, S. 56, 1, 368.

(2) T. I, n° 55.

nant l'état ou la capacité des personnes, ou à une loi pénale, la loi violée suffit pour faire annuler la convention, et que chaque fois qu'il se produit une convention contraire à ce qu'on appelle les bonnes mœurs, les règles concernant l'objet, la cause, ou les conditions dans les contrats suffisent encore pour la faire annuler.

194. Mais si les observations qui précèdent suffisent pour éliminer de la discussion l'art. 6 reconnu inutile, elles ne font que reculer la difficulté en ce qui concerne les bonnes mœurs.

En effet : les art. 900, 1131, 1133 et 1172 parlent encore de bonnes mœurs, et laissent par conséquent subsister la question : quel est le *criterium* qui permettra aux juges de reconnaître ce qui est contraire aux bonnes mœurs. M. Laurent le trouve dans l'appréciation de *la conscience générale :* « Il y a, dit-il, à chaque époque de la vie de l'humanité une doctrine sur la morale que la conscience générale accepte, sauf des dissidences individuelles qui ne comptent pas. En ce sens on peut dire qu'il y a toujours une morale publique : *Les conventions contraires à cette morale seront, par celà même, contraires aux bonnes mœurs, et, comme telles, frappées de nullité* (1). »

Les prémisses peuvent être vraies pour le moraliste ou le philosophe, et aussi pour le législateur qui devra tenir compte de cette appréciation de la conscience générale pour toute loi nouvelle à faire, mais la conclusion est inadmissible pour le juge qui n'est pas l'organe de la conscience générale.

195. La solution se trouve dans la définition que nous avons donnée des bonnes mœurs : ce sont les habitudes acquises pour le bien *en tant qu'elles sont protégées ou déterminées par les lois positives.*

C'est aux lois positives qu'il faut demander quelles sont les

(1) T. I, n° 56.

mœurs qu'il faut protéger contre les conventions particulières.

La question, ramenée sur le terrain des faits, est loin d'être aussi vaste qu'elle le paraît dans sa formule abstraite.

Les mœurs ou habitudes que la loi positive entend protéger par ses dispositions ont trait :

1° Au respect du mariage considéré comme source de la famille; elles réprouvent le concubinat; cela est démontré par les textes qui font aux enfants naturels une condition inférieure à celle des enfants légitimes;

2° Au respect de la décence publique, cela est prouvé par les textes relatifs à l'outrage à la pudeur, à la répression de l'ivresse publique, et par les règlements administratifs concernant la prostitution et la tenue des maisons de tolérance;

3° Au bon emploi de sa fortune; cela est prouvé par les textes qui donnent au prodigue un conseil judiciaire, qui réprouvent les jeux de hasard, les paris, les loteries, etc.;

4° Au respect des idées et des principes qui ont triomphé en 89, qui forment la base de la société moderne et qui étaient même formellement et surabondamment reconnus par la constitution du 14 janvier 1852. Cela est démontré par la motion d'ordre sur laquelle fut votée la loi du 12 septembre 1791, dont les règles reproduites par la loi du 17 nivôse an II, se trouvent condensées, en quelque sorte, dans l'expression *mœurs* de l'art. 900, C. C., qui comprend à la fois les mœurs publiques et les bonnes mœurs (1).

Il est bon de reproduire le texte de la motion d'ordre précitée : « C'est le moyen, disait-on, d'arrêter les effets malheureux de l'intolérance civile et religieuse, c'est le besoin de poser de justes bornes aux préjugés et au despotisme de quelques citoyens qui, ne pouvant se plier aux principes de l'égalité politique et de la tolérance religieuse, proscrivent d'avance, par

(1) Voy. notre *Code civil italien*, p. 221 et suiv.

des actes protégés par la loi, l'exercice des fonctions publiques, l'union de leurs enfants avec des femmes qu'ils appellent roturières, ou avec des personnes qui exercent un autre culte religieux, ou qui ont une autre opinion politique... C'est ainsi qu'ils écrivent la défense ou la condition de se marier à telle ou telle personne, à une femme de telle ou telle classe, de telle ou telle religion. »

5° Au respect de la bonne foi dans les conventions et de la liberté soit dans les contrats, soit dans l'exercice de l'activité humaine, ce qui est prouvé par les textes qui répriment le dol et la violence et assurent la liberté du commerce et de l'industrie.

Donc toute convention, clause particulière ou combinaison qui tendrait à fonder ou à favoriser un état de concubinage, à faciliter ou encourager la prostitution ou l'intempérance, à faciliter le jeu ou la loterie, sous prétexte de courses de chevaux ou de toute autre manière, à réagir contre les principes de 89, à détruire la liberté ou la bonne foi dans les contrats, à paralyser la liberté du commerce ou de l'industrie, sera une convention contraire aux *mœurs* ou aux *bonnes mœurs*, et devra à ce titre être annulée ou réputée non écrite, selon les cas.

196. La jurisprudence a eu plusieurs fois l'occasion d'appliquer ces principes, surtout en matière de libéralités, comme nous le verrons plus amplement sous l'art. 900, et en matière de conventions à titre onéreux, dont il est bon de donner ici quelques exemples.

Ainsi il a été admis de tout temps que la stipulation qu'on ne sera pas tenu d'un dol futur est contraire aux bonnes mœurs (1); la jurisprudence a étendu cette règle aux fautes

(1) Illud non probabis, *dolum non esse præstandum*, si convenerit. nam hæc conventio contra bonam fidem *contraque bonos mores est*. L. 1, § 7, D. 16, 8 (*Depositi*).

lourdes (1) ; elle décide en conséquence que la clause d'une police d'assurance contre les accidents qui déclare l'ouvrier déchu du droit à l'indemnité, dans le cas où, préalablement, il intenterait une action en responsabilité contre son patron, est nulle comme *contraire à l'ordre public*, en ce qu'elle a pour effet de permettre au patron de s'exonérer de la responsabilité de sa propre faute, et de contraindre l'ouvrier soit à renoncer à son droit, soit à perdre, avec les primes acquittées par lui, le bénéfice de l'assurance (2). Est également considérée comme *contraire à l'ordre public* et à la liberté de contracter, la clause portant que le paiement de l'indemnité d'assurance « entraîne pour le sinistré reconciation à tout recours contre le patron (3). »

Dans ces hypothèses, les arrêts ont employé, ce qui leur arrive souvent, l'expression *contraire à l'ordre public*, dans le sens de *contraire aux bonnes mœurs*.

Mais cette jurisprudence n'empêche pas de décliner la responsabilité de tierces personnes dont on n'est pas tenu de répondre. Ainsi a été jugée licite et obligatoire la clause imprimée sur le billet délivré aux passagers, d'après laquelle la compagnie de transport s'exonère de toute garantie des faits et de la faute du capitaine et des gens de l'équipage (4).

Il est encore permis de régler par anticipation et à forfait les suites d'une responsabilité prévue : ainsi est valable (et peut être invoquée en France), la clause du règlement général d'exploitation d'un chemin de fer (étranger), qui restreint la responsabilité de la compagnie à la moitié du prix du transport en cas de retard ne dépassant pas 24 heures et au prix total du transport en cas de retard dépassant 24 heures,

(1) Cass. 15 mars 1876, S. 76, 1, 337.
(2) Cass. 1er juillet 1885, S. 85, 1, 409.
(3) Nancy, 26 janv. 1884, S. 85, 2, 204. Nancy, 15 nov. 1884, *ibid.*
(4) Cass. 22 janv. 1884 (solut. implicite), S. 84, 1, 221 ; Alger, 26 déc. 1881, S. 83, 2, 4 et le renvoi.

à moins que l'expéditeur ne se soit assuré une indemnité plus élevée en faisant une déclaration spéciale, et en payant une taxe supplémentaire (1).

Les clauses ayant pour but final de paralyser la liberté du commerce ou de l'industrie, sont nulles. Cependant, la renonciation à l'exercice d'un certain commerce ou d'une certaine industrie n'a rien de contraire à la loi, lorsque librement consentie, elle est perpétuelle quant au temps, mais restreinte à un lieu déterminé; comme aussi lorsque s'étendant à tous les lieux, elle est limitée quant au temps (2).

On voit donc clairement par ce qui précède, quelles sont les mœurs ou habitudes que le législateur a eu l'intention de protéger; ces mœurs rentrent dans l'une des cinq classes qui précèdent; elles constituent *les bonnes mœurs*, dans le sens ample et ancien de l'expression, et cela non pas d'une manière arbitraire, d'après les conceptions plus ou moins larges ou plus ou moins étroites d'une conscience individuelle, mais d'après une indication émanée du législateur lui-même.

197. Nous pouvons donc résumer comme suit toute la théorie qui vient d'être exposée :

1° Il n'est pas permis aux particuliers de déroger aux lois qui intéressent l'état des personnes et leur capacité, soit de contracter, soit de disposer et de recevoir par actes entre-vifs ou testamentaires, par le motif que l'état et la capacité ne peuvent faire l'objet des conventions privées ;

2° Il n'est pas davantage permis de déroger aux lois ayant pour objet la garantie des droits ou des intérêts des tiers, par le motif que nul ne peut disposer d'un droit ou d'un intérêt qui ne lui appartient pas;

(1) Paris, 4 décembre 1877, S. 78, 2, 184; conf. Cass. 31 mars 1874, S. 74, 1, 385.

(2) Cass. 30 mars 1885, S. 85, 1, 216; Cass. 31 mars 1884, S. 84, 1, 232, notes et renvois.

3° Il n'est pas possible aux particuliers d'éluder l'application des lois pénales par des conventions privées, et ces conventions sont nulles entre eux par application des règles sur la cause ou les conditions.

Les trois catégories de conventions qui viennent d'être mentionnées sont, d'après la doctrine des auteurs et le style des arrêts, celles que l'art. 6 prohibe comme dérogatoires *aux lois* intéressant *l'ordre public* ou *les bonnes mœurs*.

4° Les conventions ne dérogeant à aucune loi peuvent être annulées, si elles sont contraires aux bonnes mœurs, en vertu des art. 900, 1131, 1135;

5° Les bonnes mœurs sont celles qui sont indiquées par le législateur lui-même, qui les protège par ses dispositions.

198. Nous devons envisager maintenant un autre aspect de la question.

Il y a des lois qui sont étrangères aux bonnes mœurs, ainsi qu'à l'état et à la capacité des personnes, c'est-à-dire à ce qu'on appelle l'ordre public. Que faut-il penser des dérogations apportées à l'application de ces lois par des conventions particulières?

Dans le projet du livre préliminaire du Code civil, on avait inséré une disposition ainsi conçue : « Les lois prohibitives emportent peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement exprimée (1). » Quoique cette disposition ne figure pas dans le titre préliminaire, tel qu'il a été adopté en définitive, l'idée qu'elle contient, empruntée à une constitution des empereurs Théodose et Valentinien (2), n'en est pas moins vraie. De quoi servirait, en effet, une prohibition qui ne serait pas sanctionnée par la nullité de l'acte prohibé?

La seule difficulté consiste à déterminer le caractère prohi-

(1) V. Lerminier, *Introd. à l'hist. du dr.*, chap. XX.
(2) L. 5, C. 1, 14.

bitif d'une loi. Il faut pour cela s'attacher au fond plutôt qu'à la formule employée par le législateur.

La pensée du législateur d'édicter une véritable prohibition, emportant nullité de l'acte contraire, est le plus souvent révélée par la formule *ne peut*, comme dans les cas prévus par les art. 128, 1035, 1076, 1119, 1395, 1422, 2012, 2128, 2213, 2214, 2220, 2222, 2223, 2226.

Quelquefois la pensée prohibitive est revêtue de la forme impérative, comme dans les art. 1326 et 1394.

D'autres fois la forme prohibitive n'a aucune espèce d'importance, c'est lorsqu'elle est appliquée à des dispositions purement déclaratives (*leges declaratoriæ*) qui, prévoyant le cas où des parties ne règleraient pas elles-mêmes leurs droits respectifs, les déterminent à leur place, exemple : art. 675, 677, 678, 679, 1749, 1860.

Les dispositions véritablement prohibitives entraînent la nullité de tout acte contraire, sans qu'il soit nécessaire que cette nullité soit textuellement inscrite dans la loi. Quelquefois, cependant, le législateur l'a formulée expressément d'une manière surabondante, par exemple dans les art. 1596, 1597, 2063; mais, de cette clause surérogatoire on ne saurait tirer aucun argument pour contester la nullité dans les autres cas où elle n'est pas formellement prononcée.

Dans d'autres cas, le législateur a cru devoir mentionner la nullité, soit pour mettre fin à d'anciennes controverses, soit pour en indiquer la portée, comme dans les art. 896 et 943.

199. Que faut-il penser des lois dites *impératives?* Les lois prohibitives n'ont d'effet qu'à l'égard de ce qui forme l'objet de la prohibition; les lois impératives ont d'abord effet en ce qui concerne l'objet de l'injonction formulée, elles ont de plus un caractère prohibitif à l'égard de tout ce qui est contraire à l'injonction. De là il suit que les lois impératives, quand elles ne sont pas en réalité prohibitives, comme dans

les cas cités plus haut des art. 1326 et 1394, n'ont guère d'autre champ d'application que les formalités à observer dans les actes.

Les formalités peuvent, à ce point de vue, être divisées en deux catégories : les formalités substantielles ou essentielles, et les formalités secondaires ou accidentelles.

Les premières sont celles qui tiennent aux conditions de l'existence même de l'acte, en l'absence desquelles l'acte n'existerait pas, ou, ce qui revient au même, ne pourrait pas atteindre le but pour lequel il a été créé. L'omission de semblables formalités entraîne toujours la nullité de l'acte, soit que le législateur ait prononcé cette nullité, soit qu'il ne l'ait pas prononcée. Quelques auteurs appellent cette nullité, nullité de non existence.

Les formalités accidentelles sont celles qui ont pour but de rendre l'acte plus complet sans que leur omission empêche l'acte d'exister. Donc, cette omission ne doit pas nécessairement entraîner la nullité de l'acte. Elle n'entraînera cette nullité que dans les cas où la loi l'aura formellement prononcée. C'est à la jurisprudence qu'il appartient d'appliquer cette distinction aux diverses matières juridiques, en vérifiant pour chaque formalité édictée par une loi impérative, quelle est la raison d'être et le but final de cette formalité.

200. La doctrine distingue encore une classe de lois qu'on appelle *déclaratives;* nous en avons déjà parlé incidemment; ce sont celles qui, faisant ce que les parties pourraient faire elles-mêmes, règlent leurs droits respectifs pour le cas où les parties ne procèderaient pas elles-mêmes à ce règlement. C'est ce qui a lieu pour certains rapports de vicinalité et pour les contrats. Le principe qui domine la matière c'est la liberté de la propriété et des conventions.

201. L'acte auquel manque l'une des conditions qui sont essentielles pour le constituer, n'a qu'une existence apparente; en droit il est *inexistant*, et non pas simplement *nul*.

Il n'y a pas d'action principale et directe pour faire constater cette inexistence juridique. Quand dans un litige une partie veut se prévaloir d'un acte n'ayant qu'une existence apparente, l'autre partie pourra alors établir que l'acte n'existe pas.

L'acte auquel manque l'une des conditions nécessaires pour sa *validité*, existe, mais il est *nul*, ou plutôt il est *annulable* c'est-à-dire que la nullité doit être demandée par les parties intéressées, ou par celle en faveur de qui elle est édictée. La nullité en effet n'opère jamais de plein droit. Quand la loi dit que certains actes sont nuls de droit (exemple : art. 502), cela signifie que le juge doit prononcer cette nullité sur la demande de celui à qui l'action appartient.

Mais ce dernier peut valablement renoncer à demander cette nullité, excepté dans les matières dont il a été ci-dessus parlé et que la doctrine et la jurisprudence rattachent à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Les nullités en pareil cas ne peuvent être couvertes, ni par une transaction (1), ni par un règlement de comptes (2), ni par une ratification même expresse (3), et elles peuvent être proposées en tout état de cause (4).

En vertu du même principe, l'acquiescement exprès ou tacite à une décision rendue dans les mêmes matières, ne peut produire aucun effet (5), et les actes d'exécution dont elle serait suivie ne rendraient pas l'appel irrecevable (6).

La validité d'un acte doit toujours être appréciée abstrac-

(1) Cass. 20 décembre 1881, S. 83, 1, 71.

(2) Rennes, 13 mars 1876 et 24 février 1879, S. 79, 2, 257; Voy. Cass. 15 novembre 1875, S. 76, 1, 69.

(3) Paris, 22 juillet 1880, sous Cass. 5 décembre 1882, S. 84, 1, 193.

(4) *Ibib.*

(5) Cass. 15 novembre 1881, S. 82, 1, 167 et autres décisions citées en note.

(6) V. par analogie Rennes, 12 décembre 1881, S. 83, 2, 11 et la note.

tion faite des motifs qui l'ont déterminé. Cependant la jurisprudence dans ces derniers temps a imaginé sous le nom de *fraude à la loi* une cause de nullité tirée uniquement de cette appréciation des motifs d'un acte. Voici ce que nous lisons dans un recueil de jurisprudence :

« Il est certain que lorsqu'un acte est argué de fraude à la loi, le droit et le devoir des tribunaux est de scruter le mobile qui a fait agir son auteur, car *la fraude à la loi consiste dans l'emploi de moyens licites en soi pour atteindre un but illicite ;* de telle sorte que la recherche de la fraude n'est autre chose que la recherche du but poursuivi, ou ce qui revient au même, des motifs qui ont déterminé l'acte incriminé (1). »

C'est la formule d'un arbitraire qui ne cherche pas à se déguiser. Les règles sur la simulation des actes suffisent pour empêcher qu'un but illicite soit atteint à l'aide d'un moyen en apparence licite. D'un autre côté les droits des tiers ne peuvent être entamés ou amoindris par l'effet d'actes valablement consommés sans leur concours. Il est donc inutile pour sauvegarder ces droits de recourir à une doctrine aussi inconsistante.

(1) Note sous Paris, 17 juillet 1876, D. 78, 2, 1.

LIVRE PREMIER.

DES PERSONNES.

Aperçus généraux sur les diverses espèces de personnes.

202. — Rappel de la notion de la personne. — Des personnes morales ou de création juridique.
203. — Etat, département, communes.
204. — Fonction naturelle de l'État.
205. — I. *Assistance publique.* Personnes morales se rattachant à l'assistance publique.
206. — II. *Enseignement*, *beaux-arts*, etc. Personnes morales se rattachant à cet ordre d'idées.
207. — III. *Culte.* Personnes morales rattachées à l'exercice d'un culte.
208. — Les personnes morales ci-dessus énumérées forment la classe des *établissements publics.*
209. — Des établissements d'*utilité publique.*
210. — De la liberté d'association et de la personnalité civile.
211. — Etablissements religieux d'utilité publique rattachés à l'assistance publique ou au culte.
212. — Etablissements laïques d'utilité publique se rattachant à l'assistance.
213. — Etablissements d'utilité publique se rattachant à l'enseignement, aux lettres, sciences, etc.;
214. — Ou à l'exécution de certains travaux; syndicats.
215. — Des syndicats professionnels.
216. — Les établissements publics forment ce qu'on appelle les personnes morales *publiques;* leur régime.
217. — Personnes morales *privées;* leur régime.

202. La rubrique générale du livre Ier du Code civil annonce qu'il va être consacré aux *personnes*.

Nous avons déjà vu ci-dessus (n° 96) que la personne est l'être humain envisagé comme pouvant devenir le sujet actif ou passif d'un droit. En réalité l'homme seul est une personne dès le moment de sa naissance, s'il est né viable, et il le demeure jusqu'au moment de sa mort.

Mais, par l'effet d'une fiction de la loi, certains êtres de raison ont été, dans une certaine mesure, assimilés à la personne.

L'homme, en effet n'est pas isolé; il est rattaché à ses semblables vivant avec lui sous la même loi. Les intérêts communs d'une agrégation d'hommes vivant sous une même loi se détachent nettement des intérêts purement individuels. Les intérêts de la collectivité, envisagés en eux-mêmes, abstraction faite des intérêts individuels, ont servi de base à la notion abstraite de l'État.

203. L'État a donc été conçu comme un être de raison ayant certains droits analogues à ceux dont peut se trouver investie une personne.

Il en a été de même des anciennes communautés d'habitants, ou communes dont le groupement a servi à constituer la nation, et plus tard le département.

Nous trouvons donc ainsi une première catégorie d'êtres de raison, assimilés aux personnes, et ayant reçu, pour ce motif, la dénomination peu exacte peut-être, mais acceptée, de personnes civiles ou morales; ce sont :

1° L'État;

2° Les départements;

3° Les communes;

4° Les sections de communes (1);

5° Les syndicats de communes (2);

204. L'État a pour fonction naturelle la gestion et l'admi-

(1) V. L. du 18 juillet 1837; avis du Cons. d'État, du 9 décembre 1858.

(2) L. du 22 mars 1890; art. 170 de la loi du 5 avril 1884.

nistration de tous les genres d'intérêts collectifs. Organisé d'après la constitution politique du pays, expression plus ou moins exacte, suivant les époques, de la volonté nationale, il a seul le droit de diriger la gestion et l'administration des intérêts généraux ou services publics.

Les particuliers n'ont, à aucun point de vue, le droit de revendiquer cette administration, au profit d'une caste ou d'un groupe quelconque. Les prétentions qu'ils pourraient manifester à cet égard ne seraient que des tentatives d'usurpation sur la chose publique (*res publica*), c'est-à-dire sur les droits de l'universalité des citoyens.

L'Etat cependant, n'a pas maintenu énergiquement à toutes les époques son droit exclusif à la gestion de tous les services publics. Par calcul, faiblesse ou indifférence, il a toléré autrefois que certains intérêts se rattachant : 1° à l'assistance publique, 2° à l'enseignement, 3° au culte public, fussent gérés par des associations ayant une existence corporative, ce qui eut pour résultat dans l'ancien régime, la constitution de la *mainmorte*.

Mais l'État n'avait jamais aliéné, et d'ailleurs il n'aurait pas pu le faire, le droit de gérer directement les mêmes services ; il a donc repris l'administration directe de l'assistance publique, de l'enseignement et du culte public.

Pour la facilité de cette administration, surtout dans les rapports avec les tiers, certaines branches de ces services ont été individualisées, et ont ainsi constitué de nouvelles personnes morales.

205. I. *Assistance publique.*—Le devoir de l'assistance publique a été réparti entre les communes, les départements et l'État.

Le principe fondamental en cette matière est que chaque commune doit assister les indigents qui se trouvent sur son territoire (1).

(1) L. 7 août 1851.

Divers établissements ayant le caractère de personnes morales distinctes de la commune, ont été institués dans ce but; ce sont :

1° Les hospices, hôpitaux et hôpitaux-hospices (1);

2° Les bureaux de bienfaisance (2);

Le service des enfants assistés (3) et celui des aliénés (4) est mis à la charge du département. Les hospices publics départementaux destinés à recevoir les aliénés, comme ceux qui sont ouverts à l'indigence et à la vieillesse, sont des personnes morales distinctes du département.

Enfin l'État concourt à l'assistance publique au moyen *d'établissements généraux de bienfaisance*, ayant chacun une personnalité distincte; ce sont :

1° La maison des Quinze-Vingts, destinée aux aveugles;

2° L'hospice du Mont-Genèvre, offrant un refuge momentané aux voyageurs;

3° La maison de Charenton, destinée aux aliénés;

4° L'institution des sourds-muets de Paris;

5° Celle des jeunes aveugles;

6° Celle des sourdes-muettes de Bordeaux;

7° L'asile de Vincennes;

8° L'asile du Vésinet;

9° L'institution des sourds-muets de Chambéry;

10° L'établissement dit des *Pupilles de la marine*, à Brest (5);

(1) Voy. L. 7 août 1851; Décr. 15 janvier 1852; Avis du Cons. d'État du 24 avril 1873; L. 21 mai 1873, art. 7.

(2) L. 20 pluv. an VIII; L. 21 mai 1873; L. 24 juillet 1867, art. 14; Circ. min. 3 août 1867; Avis du Conseil d'État du 6 mars 1873; Circ. min. 25 avril 1873.

(3) L. 18 juillet 1866; 10 août 1871.

(4) L. 30 juin 1838; L. 18 juillet 1866.

(5) Voy. Décr. 15 nov. 1862; 8 avril 1863; 19 déc. 1869.

11° La Caisse des offrandes nationales en faveur des armées de terre et de mer (1);

12° La Caisse des retraites pour la vieillesse (2);

13° La Caisse d'assurances en cas de décès (3);

14° La Caisse d'assurances en cas d'accidents résultant des travaux agricoles et industriels (4).

206. II. *Enseignement, beaux-arts, lettres, sciences.* — L'Université de France a perdu sa personnalité civile. Mais cette personnalité continue d'appartenir :

1° Aux Facultés, lycées, collèges communaux, École normale supérieure, écoles normales primaires (5), etc.;

2° A l'Institut de France et aux cinq Académies dont il se compose;

3° A l'Académie de médecine.

207. III. *Cultes.* — La personnalité appartient aux institutions suivantes :

1° Les fabriques (6);

2° Les menses curiales et épiscopales (7);

3° Les séminaires diocésains (8);

4° Les écoles secondaires ecclésiastiques (9);

5° Les chapitres cathédraux et collégiaux (10);

6° Les consistoires protestants (11);

(1) Voy. Décr. 18 juin 1860; 9 janv. 1873; L. 24 nov. 1872; Décr. 9, 18 janv., 7 juillet 1873.

(2) L. 19 juin 1850, 12 juin 1861, 27 juillet 1861, 4 mai 1864; L. 21 juillet 1886.

(3) L. 11 juillet 1868.

(4) L. 11 juillet 1868.

(5) L. 7 août 1850.

(6) Décr. 30 déc. 1809.

(7) Décr. 6 nov. 1813.

(8) *Id.*, Décr. 30 déc. 1809, art. 30.

(9) Décr. 6 nov. 1813, art. 67 et 70.

(10) Décr. 30 déc. 1809, art. 113; 6 nov. 1813, art. 49 à 61.

(11) L. 18 germ. an X; Ordon. 2 avril 1817.

7° Les consistoires israélites (1).

208. Les diverses institutions dont nous venons de donner la nomenclature à propos de l'assistance publique, de l'enseignement et du culte, forment l'importante catégorie des *établissements publics*. Les établissements publics présentent ce caractère distinctif que chacun d'eux forme un organisme du système administratif de la France, et se trouve directement rattaché à ce système, soit dans l'État, soit dans le département, soit dans la commune. Ils font partie de la *res publica*.

209. Le fonctionnement des *établissements publics*, malgré la puissance et l'étendue de son rayonnement, laisse encore, dans le domaine des intérêts généraux, un vaste champ ouvert à l'activité humaine. Il est facile de comprendre que les particuliers pourront avoir la volonté de concourir, par des fondations spéciales, à compléter l'action administrative soit pour l'assistance à procurer aux indigents, soit pour le service des cultes publics, soit pour les encouragements à donner au travail, à l'industrie, aux beaux-arts, aux sciences, aux belles-lettres, etc.

Les créations qui se produiront dans cet ordre d'idées pourront constituer, non des *établissements publics*, mais des établissements que leur utilité générale reconnue ou déclarée permettra d'appeler : *Etablissements d'utilité publique*.

Les établissements d'utilité publique ne se rattachent en aucune manière comme organisme administratif, à la *Respublica* (Etat, commune, département) ; mais, *ad exemplum Reipublicæ* (2), ils auront une personnalité civile.

(1) Ordon. 25 mai 1844.

(2) Quibus permissum est corpus habere, collegii, societatis, sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est, *ad exemplum reipublicæ*, habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum per quem, tanquam in republicâ, quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat. L. 1, § 1, D. 3, 4, *Quod cujusc.*

C'est, en général, au moyen d'associations que l'initiative des particuliers parvient à créer, avec l'autorisation du gouvernement ou de la loi, des établissements d'utilité publique. Les associations religieuses principalement se sont développées dans ce but.

210. Mais il faut, à cet égard, faire une remarque de la plus haute importance : Les associations, quelque légitime que soit leur but, et sauf ce que nous aurons à dire sur les syndicats professionnels, n'ont jamais de plein droit la personnalité civile. Une autorisation spéciale et formelle a de tout temps (1) été reconnue comme indispensable pour leur donner l'existence civile. Il n'y a donc et il ne peut y avoir absolument aucune relation à établir entre la liberté d'association, et la possibilité d'exister comme personne civile. La liberté d'association peut être aussi entière qu'on peut le supposer, sans limite aucune, et cependant les associations qui se seront formées librement, pourront ne pas avoir la personnalité civile. La loi qui leur refusera cette personnalité ne sera pas restrictive de la liberté, elle sera seulement restrictive de l'abus le plus insupportable dont puisse souffrir une nation, l'envahissement de la *mainmorte*. Cependant tout le monde ne semble pas le comprendre ainsi, et plusieurs confondent encore le droit d'association avec la possibilité d'obtenir la personnalité civile (2).

Les lois qui régissent actuellement les congrégations religieuses nous paraissent d'une part contraires à la liberté d'association, et d'autre part insuffisantes pour réprimer les envahissements de la *mainmorte*. Cela parait contradictoire, et cependant rien n'est plus vrai.

C'est que ces lois paraissent avoir été le résultat d'une vé-

(1) L. 1, pr. t. II.

(2) Voy. M. Sauzet, *Nature de la pers. civ. des synd. prof.*, *Rev. critique*, 1888, p. 297, n° 2.

ritable équivoque. De ce que la loi civile n'avait plus à intervenir pour assurer l'observation des vœux monastiques, on en conclut d'abord que les congrégations religieuses, *n'existant plus à ce point de vue*, ne pouvaient en fait être tolérées en France. Plus tard, on crut pouvoir admettre une distinction : Parmi ces congrégations, pensèrent les gouvernements, il en est qui peuvent rendre certains services soit pour l'enseignement, soit pour le soin des malades. En conséquence, il fut décidé que les congrégations hospitalières de femmes et même quelques congrégations d'hommes voués à l'enseignement, pourraient être autorisées. Quant aux autres congrégations purement contemplatives, considérées comme *inutiles* ou *dangereuses* elles demeurèrent prohibées.

Il fallait précisément faire le contraire.

L'Etat laïque, en effet, doit se placer à un autre point de vue. Il doit d'abord vérifier si les congrégations sont dangereuses pour la société civile, et pourquoi elles sont dangereuses. Si l'action qu'elles peuvent exercer sur le milieu qui les entoure est nulle, il est manifeste que leur existence ne présente aucun inconvénient suffisamment intense. C'est le cas des congrégations purement *contemplatives* d'hommes et de femmes.

Il pourrait en être autrement des congrégations prétendant exercer une action *extérieure,* par l'un des trois moyens suivants : 1° le soin des malades ; 2° l'enseignement ; 3° la prédication, la confession et autres actes se rattachant à l'exercice public d'un culte.

Les congrégations *purement contemplatives* devraient pouvoir se former librement sur le territoire français, sous la seule condition de demeurer en effet réellement *contemplatives*, et sans pouvoir obtenir la personnalité civile.

Mais l'*assistance publique* et le *culte* constituant aujourd'hui des *services publics* que l'Etat a pris à sa charge, personne

n'osera soutenir que des particuliers aient le *droit* de s'associer pour s'immiscer dans un *service public*.

L'*enseignement public*, quoique pouvant être une occasion de lucre, n'est pas une *industrie;* il constitue une véritable *fonction*. L'Etat a pu en abandonner le monopole, mais il n'a pu abdiquer le droit de prendre les mesures *préventives* destinées à empêcher que cette *fonction* s'exerce en contradiction avec les principes de la société moderne.

Les associations d'hommes ou de femmes, qui auraient pour but de s'immiscer dans *l'assistance publique*, dans les actes d'un *culte public* ou dans *l'enseignement*, sont donc les seules à l'égard desquelles on puisse concevoir des restrictions, et même des prohibitions absolues.

211. Dans l'état actuel de la législation, constituent des personnes morales :

1° Les congrégations religieuses de femmes autorisées (1) ;

2° Les maisons ou etablissements spécialement autorisés, d'une congrégation déjà pourvue de l'autorisation générale ;

3° L'institut des frères des Écoles chrétiennes (2) ;

4° La congrégation des Lazaristes (3) ;

212. Après les congrégations religieuses autorisées, nous rencontrons d'autres établissements d'utilité publique ayant pour but *la bienfaisance* sous certaines formes déterminées, et investis de la personnalité civile, ce sont :

1° Les caisses d'épargne (4) ;

2° Les sociétés de secours mutuels, dont la capacité est différente, suivant qu'elles ont été reconnues par décret rendu en Conseil d'État (5) ou approuvées par les préfets (6).

(1) Voy. L. du 24 mai 1825; Décr. du 31 janv. 1852.

(2) Décr. du 17 mars 1808.

(3) Décr. du 7 prairial an XII; Cass. 19 déc. 1864, S. 65, 1, 18.

(4) L. 5 juin 1835; 31 mars 1837; 22 juin 1847; 7 mai 1853; Instr. min. 4 juin 1857; Décr. 23 août 1875.

(5) L. 17 juillet 1850; Décr. 26 mars 1852; Décr. 14 juillet 1851, etc.

(6) Décr. 26 mars 1852, art. 8.

3° Les Monts-de-piété (1);

4° Les sociétés de charité maternelle, instituées par décret;

5° Les établissements d'utilité publique étrangers (2).

Indépendamment des établissements précités, il y a un grand nombre de fondations de bienfaisance, de patronage, de charité, de prêt gratuit, de secours qui ont obtenu la personnalité civile.

213. Les intérêts généraux de l'enseignement, du progrès des sciences, des lettres et des arts ont également déterminé la création de certaines individualités juridiques; nous citerons :

1° Les établissements d'enseignement supérieurs libres, reconnus d'utilité publique (3);

2° Un grand nombre de sociétés savantes, académies ou instituts, de sociétés archéologiques, de beaux-arts, etc., qui ont pareillement obtenu une déclaration d'utilité publique.

214. La nécessité d'assurer l'exécution uniforme de certains travaux importants intéressant des collectivités d'intérêts, a conduit le législateur à prescrire ou à favoriser la création de certaines associations investies de la personnalité civile; ce sont :

1° Les syndicats autorisés ou forcés, entre propriétaires pour travaux à effectuer ou entretenir contre l'action des eaux (4);

2° Les syndicats libres formés dans le même but (5).

Dans toutes les hypothèses que nous venons d'énumérer, sauf la dernière relative aux *syndicats libres*, l'intervention de l'administration a été nécessaire pour reconnaître l'utilité publique des établissements dont il s'agit.

(1) L. 24 juin 1851.
(2) Avis du Conseil d'État, 12 janv. 1854.
(3) L. 12 juillet 1875, art. 11.
(4) L. 21 juin 1865.
(5) L. 21 juin 1865, art. 3.

Mais les associations syndicales libres « se forment sans l'intervention de l'administration, et par le consentement unanime des associés (1) » ; et par le seul fait de leur formation, elles deviennent personnes morales (2). Ce qui revient à dire que l'utilité publique de ces associations résulte uniquement de la nature de leur objet, apprécié par la loi d'une manière générale, sans qu'il soit nécessaire d'une déclaration individuelle.

215. La loi du 21 mars 1884 a organisé de la même manière les syndicats professionnels en faveur des gens de métier, « pour l'étude et la défense de leurs intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles. »

Les syndicats professionnels obtiennent la personnalité civile, non en vertu de concessions individuelles, mais en vertu de la loi et par le seul fait de leur création.

Il suit de là que lorsqu'un prétendu syndicat se sera formé, et réclamera la jouissance des avantages attachés à la qualité de personne civile, le juge aura à examiner si l'association a été réellement formée « pour l'étude et la défense d'intérêts économiques, industriels, commerciaux ou agricoles. » C'est ainsi que le droit de former des syndicats professionnels a été refusée aux médecins (3) et reconnu au contraire aux pharmaciens (4).

En outre, les syndicats, même constitués en vue d'un intérêt général rentrant dans les prévisions de la loi, ne pourront être admis à ester en justice que pour les actions ayant pour objet un intérêt général et collectif et non les intérêts particuliers des membres syndiqués (5).

(1) L. 21 juin 1865, art. 5.
(2) *Ibid.*, art. 3.
(3) Cass. crim. 27 juin 1885, D. 86, 1, 137.
(4) Paris, 20 janv. 1886, D. 86, 2, 170.
(5) Trib. civ. Arras, 13 juin 1888, D. 90, 3, 55; conf. trib. Evreux, 21 octobre 1887, D. 88, 3, 136.

Les *établissements d'utilité publique étrangers*, sont également traités en France comme des personnes civiles, lorsqu'ils sont investis de l'existence légale d'après les lois de leur pays. C'est ce qui résulte d'un avis du Conseil d'État du 12 janvier 1854.

216. Toutes les personnes civiles sans exception, ci-dessus mentionnées, présentent ce caractère commun que leur action se traduit extérieurement par l'exercice d'une véritable *fonction publique*, fonction d'encouragement, de direction, de secours, d'enseignement, de vulgarisation, etc.

C'est l'utilité de cette fonction qui motive seule la création de la personne morale.

De là il suit que lorsqu'il s'agit d'une personne morale ayant pour base une association d'individus, les associés ne sont investis d'aucun droit individuel qu'ils puissent transmettre à leurs héritiers. L'*œuvre* exerçant la *fonction* particulière envisagée par les statuts, ou en d'autres termes l'*établissement* est seul propriétaire du patrimoine social.

Les associés démissionnaires ou exclus n'ont donc aucune action pour réclamer une part d'un capital qui ne leur a jamais appartenu, quoiqu'ils aient contribué peut-être à sa formation.

Si l'établissement lui-même vient à disparaître par l'effet d'une dissolution ou d'une suppression, le capital social, quand il n'est pas l'objet d'un droit de retour spécial (1), est sans maître et doit revenir à l'État le plus souvent sans condition, quelquefois grevé d'une affectation déterminée (2).

Les personnes morales soumises, à raison de leur nature et de leur objet, au régime que nous venons d'indiquer ont

(1) L. 21 mai 1825, art. 7, pour les communautés religieuses de femmes; L. 12 juillet 1875, art. 12, pour les établissements libres d'enseignement supérieur.

(2) L. 12 juillet 1875, art. 2.

pu, à cause de cela, être désignées sous la dénomination générale de *personnes morales publiques*.

217. Aux personnes morales publiques, on oppose les personnes morales *privées*.

Ce sont :

1° Les sociétés commerciales ;

2° Les tontines et sociétés d'assurance sur la vie ;

Pour les sociétés civiles, la question de savoir si elles constituent une personne morale est controversée.

3° Les sociétés étrangères en nom collectif et en commandite et autres associations qui n'ont pas besoin dans leur pays d'une association spéciale ;

4° Les sociétés anonymes étrangères, et les autres associations commerciales, industrielles ou financières soumises dans leur pays à la nécessité d'une autorisation, pourvu qu'un décret rendu en Conseil d'État ait étendu à leur pays le bénéfice de la loi du 30 mai 1857. Ce bénéfice a été appliqué aux sociétés anonymes et autres ci-dessus indiquées légalement constituées dans les pays suivants :

Belgique, loi du 30 mai 1857 ;

Turquie et Égypte, décret du 7 mai 1859 ;

Sardaigne, décret du 8 septembre 1860 ;

Luxembourg, décret du 27 février 1861 ;

Portugal, décret du 27 février 1861 ;

Espagne, décret du 5 août 1861 ;

Grèce, décret du 9 novembre 1861 ;

États romains, décret du 5 février 1862 ;

Pays-Bas, décret du 22 juillet 1863 ;

Russie, décret du 25 février 1865 ;

Prusse, décret du 19 décembre 1866 ;

Grande-Bretagne, décret du 17 mai 1862 (1) ;

Saxe, décret du 23 mai 1868 ;

(1) Voy. Cass. 19 mai 1863, S. 63, 1, 353.

Autriche, décret du 20 juin 1868 ;

Suisse, décret du 11 mai 1861 ;

Suède et Norvège, décret du 14 juin 1872.

La loi du 24 juillet 1867, art. 21, ayant supprimé l'autorisation du gouvernement exigée pour les sociétés anonymes par l'art. 37, C. com., la Cour de Paris a pensé que cette suppression entraînait l'abrogation virtuelle de la loi de 1857 en ce qui concerne les sociétés anonymes (1). C'est là une erreur manifeste démontrée par le but de la loi de 1857, et la date même du décret, concernant la Suède et la Norvège, postérieure à 1867 ; aussi la doctrine de la Cour de Paris a-t-elle été, avec raison, rejetée par les auteurs (2).

La circonstance qu'une autorisation administrative ou un décret individuel est ou n'est pas exigée pour la création d'une personne morale est indifférente quant au point de savoir si l'être de raison envisagé doit être classé parmi les personnes morales publiques ou parmi les personnes morales privées.

Ces dernières, étrangères à toute idée de *fonction* ou de *mission* à exercer dans un intérêt public, sont créées dans un but exclusif de spéculation privée.

De là il suit que si la personne morale privée doit être considérée comme seule propriétaire du fonds social, chaque associé peut néanmoins transmettre à ses héritiers l'intérêt pécuniaire correspondant à sa qualité.

D'un autre côté, quand la personne morale privée cessera d'exister par l'effet d'un événement quelconque, le fonds social ne sera pas sans maître, mais devra être partagé entre tous les associés, conformément à leurs droits individuels.

Les principales différences que les théories courantes éta-

(1) Paris, 8 juillet 1881, S. 81, 2, 169; Paris, 15 fév. 1882, S. 84, 2, 214.

(2) Voy. note de M. Lyon-Caen, sur l'arrêt précité du 8 juillet 1881 ; Duvergier, *Lois annotées*, 1872, p. 281, note 1 ; — Arthuys, *Revue critique*, 1889, p. 588.

blissent entre les sociétés personnes morales et les sociétés dénuées de personnalité concernent : 1° Le droit de préférence attribué aux créanciers de la société personne morale sur le fonds social; 2° La compensation entre les créances ou les dettes sociales et les dettes ou les créances personnelles des associés; 3° Le caractère mobilier des actions ou intérêts; 4° Le droit d'ester en justice. Quelques auteurs admettent cependant que, sur bien des points, les conventions des parties suffisent à produire à l'égard des sociétés dénuées de personnalité, les mêmes effets que la fiction de la personnalité chez les autres (1). Ce sont là des difficultés qui seront examinées en leur lieu.

Les personnes morales de toute nature sont quelquefois soumises aux mêmes règles que les personnes physiques, c'est-à-dire que l'homme. Elles sont quelquefois soumises à des règles spéciales qui seront signalées au fur et à mesure que l'occasion se présentera.

Les personnes morales n'ont pas d'état civil. Aussi le livre Ier du Code civil consacré à l'état des personnes concerne-t-il uniquement les personnes physiques.

(1) Voy. une *Étude* de M. Marcel Mongin, *Revue critique*, 1890, p. 697.

TITRE PREMIER.

DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS.

§ 1er. — Généralités.

218. — Diverses espèces de droits.
219. — Distinction entre la jouissance et l'exercice des droits.
220. — Art. 7; — L. 27 juin 1889.

218. En prenant le mot *droits* non comme synonyme de *règles*, mais comme désignant les avantages divers que peut réclamer une personne dans un milieu social, on peut distinguer les droits en : droits *publics*, droits *politiques* et droits *civils*.

Les *droits publics* comprennent l'ensemble de tous les droits appartenant à tout homme en sa seule qualité d'être humain, ces droits sont :

Le droit de propriété, par suite la liberté de disposer et de recevoir;

La liberté de conscience et des cultes;

La liberté de penser, ce qui comprend la liberté des diverses manifestations de la pensée humaine par la voie de la presse, etc.

Tous ces droits peuvent se résumer en un seul mot, *la liberté;* ils sont indépendants de toute agrégation à une nationalité quelconque, de toute adhésion à une croyance reli-

gieuse particulière, de toute participation à l'exercice du pouvoir politique. Ils appartiennent à tout homme en sa seule qualité d'homme, et non en sa qualité de Français ou de citoyen français.

Les *droits politiques* sont ceux qui garantissent, non pas à tout homme en général, mais seulement à tout *citoyen*, à tout membre actif de la nation, une participation plus ou moins directe au gouvernement politique. Les citoyens peuvent seuls les exercer d'après les règles tracées par la constitution.

Les *droits civils* sont ceux qui appartiennent à tout *Français*, indépendamment de la qualité de citoyen. Pour les Français cette expression, dans sa généralité, comprend aussi les droits publics.

219. Nous rencontrons dans la rubrique du titre Ier, l'expression *jouissance* dont il importe de fixer le sens.

La *jouissance des droits* est l'aptitude légale d'une personne à profiter des avantages reconnus ou sanctionnés par la loi.

L'*exercice du droit* est la mise en pratique de la jouissance. La jouissance se confond avec le droit lui-même, l'exercice est le *fait* qui correspond au *droit*.

La distinction entre la jouissance et l'exercice est importante, parce qu'il peut arriver qu'une personne ait la *jouissance* de ses droits civils sans en avoir l'*exercice*. Il peut arriver qu'un individu quoiqu'investi, *en droit*, de l'aptitude légale nécessaire pour revendiquer un avantage reconnu par la loi, ne puisse pas, *en fait*, exercer cette aptitude à raison d'un obstacle légal. Ainsi, les mineurs, les interdits... peuvent être dans l'impossibilité d'exercer par eux-mêmes et personnellement, les droits dont néanmoins ils ont toujours la jouissance. Mais ils pourront, dans certains cas, être représentés, *quant à l'exercice*, par certains mandataires.

L'intérêt de la distinction apparaît dans la pratique par cette circonstance que la personne peut être représentée par

un mandataire pour l'*exercice* de ses droits; ce qui revient à reconnaître qu'on peut perdre l'exercice personnel d'un droit, sans perdre le droit lui-même, par conséquent en conservant la jouissance.

Précisément à cause de cela, il faut remarquer que la distinction entre la *jouissance* et l'*exercice* des droits n'a pas d'application aux droits politiques, à l'égard desquels la jouissance et l'exercice se confondent, puisqu'on ne peut pas en concevoir la jouissance séparée de leur exercice, et qu'ils ne peuvent pas être exercés par représentant ou mandataire.

Cette distinction ne convient qu'à ceux des *droits civils* dont on peut concevoir l'exercice par l'intermédiaire d'un représentant. Ainsi le droit de tester et le droit de se marier ne comportent pas l'intervention d'un représentant, il est impossible de distinguer à leur égard entre la jouissance et l'exercice.

Il y a des événements qui enlèvent à un Français la jouissance et par conséquent l'exercice des droits civils; il en est d'autres qui n'enlèvent que l'exercice et laissent intacte la jouissance. Il ne faut donc pas confondre la *jouissance* avec *l'exercice*, et ne jamais employer ces deux expressions l'une pour l'autre.

Cependant il est arrivé au législateur lui-même de commettre cette confusion. Ainsi, après avoir annoncé dans la rubrique du chapitre Ier du titre Ier qu'il va être question de la jouissance des droits civils, dans le premier article qui suit immédiatement, il emploie mal à propos le mot *exercice* pour le mot *jouissance* :

ART. 7. L'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques, lesquels s'acquièrent et se conservent conformément aux lois constitutionnelles et électorales.

220. Le texte de l'art. 7 a été ainsi établi par l'art. 1er de la loi du 26 juin 1889, *sur la nationalité*, qui a également modifié les art. 8, 9, 10, 12, 13, 17, 18, 19, 20 et 21 du Code civil.

D'après l'ancienne rédaction de l'art. 7, l'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de *citoyen*... Le

mot *citoyen* n'est pas la traduction de l'expression *civis*, laquelle se référant uniquement au *status civitatis*, c'est-à-dire à la participation au droit civil, pouvait s'appliquer aux femmes et aux enfants (1). Le mot *citoyen* ne peut désigner que les Français ayant la jouissance des droits politiques, et ne peut dès lors s'appliquer aux femmes ni aux mineurs de vingt-et-un ans. Notre langue ne possède pas d'expression particulière pour désigner uniquement celui qui a la jouissance des droits civils, même de ceux que la loi refuse aux étrangers; on l'appelle tout simplement *Français*. Par conséquent tous les *Français* ne sont pas *citoyens*, mais tous les citoyens sont nécessairement *Français*.

La constatation au profit d'une personne de la qualité de *Français*, aura donc pour premier résultat de lui attribuer, en France, la jouissance des droits civils.

§ 2. — De la nationalité française. Français de naissance.

221. — Art. 8, 1°. Notion de la nationalité.
222. — Art. 8, 2°. Français de naissance; *a*) Enfants issus de parents français; enfants légitimes.
223. — Enfants naturels.
224. — Changement de nationalité du père ou de la mère entre la conception et la naissance de l'enfant.
225. — *b*) Enfants nés de parents inconnus.
226. — *c*) Individus nés en France d'un étranger qui y est né; art. 8, 3°.
227. — Loi du 12 février 1851.
228. — Réforme opérée par la loi du 27 juin 1889.
229. — Naissances fortuites sur le sol français.
230. — Enfants d'agents diplomatiques nés en France.
231. — Réclamation de la qualité d'étranger.
232. — *d*) Individus nés en France d'un étranger né hors de France; art. 8, 4°.

221.

Art. 8, § 1. Tout Français jouira des droits civils.

Cette proposition constituait à elle seule tout l'art. 8 an-

(1) Gaius, *Inst.*, I, § 66, 67, 68, etc.

cien. La loi précitée du 26 juin 1889 y a ajouté la définition de la qualité de Français et presque toute la théorie de la naturalisation, de sorte que l'article le plus court du Code civil en est devenu le plus long.

Cette loi a eu pour objet la réglementation de la nationalité française.

D'une manière générale, la nationalité peut être définie : le lien qui rattache un individu à une nation déterminée.

Pour chaque individu la nationalité résulte d'abord des circonstances dans lesquelles s'est produite sa naissance. La mission du législateur, consiste à dégager la vérité sur ce point, en appréciant, d'après les vrais principes de sociologie, les situations diverses qui peuvent se produire. Le législateur reconnaît la nationalité et ne la crée pas. La nationalité, qu'il ne faut pas confondre avec la naturalisation, résulte des situations et non d'une concession arbitraire du législateur; elle ne résulte pas surtout d'un contrat passé entre l'État et *ses ressortissants*, comme si l'État avait une existence propre en dehors des ressortissants, et on est surpris de trouver dans certains écrits modernes les traces d'une opinion aussi surannée et aussi fausse (1).

Le législateur a d'abord envisagé la masse des individualités composant la nation, c'est-à-dire des individus groupés d'après une communauté d'origine, de mœurs, de croyances, etc., ou façonnés sur le même type par les influences diverses du milieu.

Pour ceux qui sont ainsi nés sur le sol français de parents déjà reconnus ou considérés comme francais, il ne pouvait y avoir de difficulté; il fallait les déclarer français.

Mais que décider à l'égard de ceux qui étaient nés en pays étranger de parents français?

D'une manière plus générale, il s'agissait de savoir si la

(1) Voy. COGORDAN, *La nationalité*, p. 7, 8, etc.

nationalité devait être déterminée par le fait seul de la naissance sur le sol français indépendamment de tout rapport de filiation, ou par la filiation, abstraction faite de la naissance sur le sol français.

Les Romains avaient eu une perception exacte de l'idée de nationalité; ils en avaient fait une qualité personnelle se transmettant par la filiation, comme se transmettent les qualités distinctives d'une race (1).

Il est rationnel de déterminer la nationalité par la filiation plutôt que par la naissance sur le sol qui peut n'être qu'un fait purement accidentel. Mais ce principe, comme tant d'autres, fut méconnu durant le moyen âge. Le moyen âge matérialisa l'idée de nationalité en la subordonnant à l'élément territorial. L'idée de nationalité fut absorbée dans l'idée de souveraineté territoriale. Par conséquent sous l'empire d'un point de vue aussi étroit, était Français tout individu né en France, même d'un étranger qui s'y trouvait par accident ou momentanément; était au contraire étranger tout individu né en dehors du territoire, même d'un Français.

Au XVIIIe siècle la doctrine romaine s'imposa et fut acceptée à côté de l'idée féodale. Il fut alors admis que l'enfant né en pays étranger de parents français serait français, de même que l'enfant né en France de parents étrangers. Il n'y eut plus, désormais, d'étrangers que ceux qui étaient nés en pays étranger de parents étrangers.

Ces principes furent d'abord consacrés par toutes les Constitutions antérieures à la promulgation du Code civil, et même ils furent d'abord l'un et l'autre insérés dans le Code. Ainsi la règle qui déclarait Français l'enfant né à l'étranger de parents français passa sans difficulté et devint le premier paragraphe de l'art. 10 (ancien).

(1) La transmission par l'hérédité des caractères distinctifs d'une race, trouvait une importante application dans le commerce des esclaves, voy. L. 31, D. 21, 1 (*De ædilitio edicto*).

De même, la nationalité française fut d'abord reconnue à l'enfant né en France de parents étrangers. Il ne pouvait, disait le Premier Consul, y avoir que des avantages à étendre ainsi l'empire des lois françaises. Le tribun Siméon s'éleva vivement contre cette disposition, et fit remarquer que si chaque nation faisait une semblable déclaration, nous perdrions autant et plus de Français que nous en gagnerions. C'était se placer à un point de vue utilitaire pour combattre un système utilitaire. En conséquence le principe qui faisait dépendre la nationalité de l'élément territorial fut repoussé.

Ainsi donc, la filiation seule, c'est-à-dire l'origine, devait pouvoir déterminer la nationalité, l'enfant fût-il même né en pays étranger; mais pourvu qu'il fut constant qu'il était né d'un Français. C'est sur cette base que le Code a établi sa théorie de la nationalité. Mais le texte adopté présentait de nombreuses lacunes qui ont rendu plusieurs fois nécessaire l'intervention de la puissance législative. La loi de 1889 a coordonné les diverses lois publiées sur la nationalité, avec les décisions les plus autorisées de la jurisprudence. Les règles posées par la loi nouvelle ont donc une double importance : non seulement il faut les appliquer aux faits futurs, mais, même pour les faits antérieurs, elles ont la valeur d'une approbation donnée à la jurisprudence que le législateur a voulu consacrer pour l'avenir.

222. Voyons donc à qui appartient la qualité de Français.

ART. 8, § 2. Sont Français :

1° Tout individu né d'un Français en France ou à l'étranger.

L'enfant naturel dont la filiation est établie pendant la minorité, par reconnaissance ou par jugement suit la nationalité de celui des parents à l'égard duquel la preuve a d'abord été faite. Si elle résulte pour le père ou la mère du même acte ou du même jugement, l'enfant suivra la nationalité du père ;

2° Tout individu né en France de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue (*).

La règle qui attribue la nationalité française à tout individu

(*) Art. 8, § 2. — GAIUS, C. 1, § 28, 20 et seq. ULP. *Reg.*, tit. III.

né d'un Français en France ou à l'étranger, ne soulève aucune difficulté d'application à l'égard des enfants légitimes, issus d'un mariage valable ou putatif contracté par un Français.

223. Il n'en est pas de même quand il s'agit de déterminer la nationalité des enfants naturels.

La loi s'occupe d'abord de l'hypothèse où la preuve de la filiation naturelle, soit à l'égard du père, soit à l'égard de la mère, soit à l'égard de tous les deux, est faite durant la minorité de l'enfant. C'est seulement dans cette hypothèse qu'une reconnaissance pourra influer sur la nationalité de l'enfant. C'est là une innovation. D'après le Code civil, en effet, l'enfant reconnu suivait, fût-il majeur, la nationalité du père naturel qui le reconnaissait. Désormais, les effets de la reconnaissance sont, quant à la nationalité, limités à l'enfant mineur. En statuant ainsi, le législateur de 1889 a eu pour but de donner une plus grande fixité à la nationalité. En effet, l'enfant qui n'est pas inscrit comme légitime sur les registres de l'état civil, et qui n'est reconnu par personne durant sa minorité, rentre dans la catégorie des individus nés de parents inconnus, et se trouve ainsi Français à la seule condition d'être né en France. Il doit conserver la nationalité française, quand même il serait reconnu par un étranger depuis sa majorité.

Au contraire la preuve de la filiation faite durant la minorité, qu'elle résulte d'une reconnaissance ou d'un jugement, pourra influer sur la nationalité de l'enfant. Si l'enfant a été reconnu par le père seul, ou par la mère seule, il ne peut y avoir de doute, l'enfant aura la même nationalité que l'auteur de la reconnaissance, ou que celui vis-à-vis de qui est intervenu le jugement statuant sur la filiation.

Si la preuve de la filiation, soit par l'effet d'un jugement, soit par l'effet d'une reconnaissance, résulte à la fois du même acte, vis-à-vis du père comme vis-à-vis de la mère,

l'enfant ne pouvant avoir deux nationalités en même temps suivra naturellement la nationalité du père.

Dans le cas d'actes successifs, l'enfant suivra la nationalité de celui des parents à l'égard duquel la preuve a d'abord été faite. Cette solution va de soi pour le cas où la preuve a d'abord été faite à l'égard du père et plus tard à l'égard de la mère. Il serait inadmissible que l'enfant après avoir obtenu la nationalité du père en fût dépouillé pour revêtir celle de la mère. Ce cas peut se confondre avec celui où il n'y a eu qu'un seul acte, et il est légitime d'accorder la préférence à la nationalité du père.

Si au contraire la preuve a d'abord été faite à l'égard de la mère et plus tard à l'égard du père, la loi accorde la préférence à la nationalité de la mère pour éviter à l'enfant un changement de nationalité.

224. Lorsque le père ou la mère, suivant les distinctions qui viennent d'être faites, a changé de nationalité dans l'intervalle de la conception à la naissance de l'enfant, à quelle époque faut-il se placer pour déterminer la nationalité de ce dernier? Faut-il envisager l'époque de sa conception ou celle de sa naissance?

Avant la loi de 1889, la question posée avait donné lieu à trois solutions différentes :

Selon quelques-uns, l'enfant doit être Français lorsque celui de ses auteurs dont il doit suivre la nationalité a été Français, soit au moment de la conception, soit au moment de la naissance, soit à un moment quelconque de la gestation. On applique la maxime : *Infans conceptus pro jam nato habetur, quoties de ejus commodis agitur*, en admettant qu'au point de vue de la loi française, l'enfant a intérêt à naître Français plutôt qu'étranger (1).

Dans une seconde opinion, il faut distinguer entre le cas

(1) Demolombe, t. I, n° 151; Aubry et Rau, t. I, § 69, notes 2, 3.

où l'enfant doit suivre la nationalité du père, et le cas où il doit suivre la nationalité de la mère. Quand l'enfant doit suivre la condition du père, il faut considérer l'époque de la conception; il faut au contraire considérer celle de la naissance quand il doit suivre la condition de la mère (1).

Une troisième opinion enseigne qu'il faut toujours s'attacher au moment de la naissance pour déterminer la nationalité de l'enfant, sans distinguer le cas où il doit suivre la condition du père et celui où il doit suivre la condition de la mère. Cette opinion a été consacrée par la loi de 1889. En effet, quand un étranger obtient, par la naturalisation, la nationalité française, il y a un point certain : ses enfants déjà nés et encore mineurs deviennent Français d'après l'art. 12, § 3, sauf le droit que leur réserve cet article de décliner plus tard la nationalité française. Les enfants survenant après la naturalisation de leur père naîtront Français, conformément au texte de l'art. 8, n° 1, quand même ils naîtraient le lendemain du jour de la naturalisation du père, c'est-à-dire quand même le père aurait été étranger à l'époque de la conception. Dans ce cas, l'enfant suit donc positivement la nationalité du père au moment de sa naissance.

Pourrait-il en être autrement quand il s'agit des enfants d'un Français qui se fait naturaliser en pays étranger? Évidemment non : l'enfant déjà né reste Français, sans avoir même un droit d'option à exercer plus tard. Quant aux enfants nés postérieurement à la naturalisation de leur père en pays étranger, ils naîtront étrangers; mais si durant leur minorité leur père ou leur mère sont réintégrés dans la nationalité française, ils deviendront Français, sauf à exercer un droit d'option à leur majorité (art. 18). Donc encore dans cette hypothèse il faut envisager uniquement l'époque de la naissance pour déterminer la nationalité de l'enfant.

(1) Demante, t. I, n° 18 *bis*, 11; Marcadé, sur l'art. 8.

On peut donc formuler la règle générale suivante :

L'enfant suivra la nationalité qu'avait au moment de sa naissance, l'auteur auquel il est immédiatement rattaché par la filiation (1).

De là il suit que, dans le cas de filiation légitime, si le père est vivant au moment de la naissance, l'enfant suivra la nationalité du père; si au contraire le père est déjà décédé à ce moment, l'enfant posthume suivra la nationalité de la mère.

Cette dernière solution a été contestée par le motif « qu'il serait absurde que le père ne *laissât* pas sa nationalité à son fils posthume, comme il lui *laisse* sa fortune et son nom (2). »

Ce qui est absurde, c'est de traiter la nationalité comme un élément du patrimoine *laissé* par le père. La nationalité n'est pas transmise par l'effet d'un droit successoral; elle appartient à l'enfant qui renonce comme à celui qui accepte la succession de son père (3). La nationalité est un droit propre dont la détermination résulte de la filiation. Quand la filiation est double, on donne la préférence à celle du père, par l'unique raison que le père a la garde de l'enfant et la gestion de son patrimoine. Mais quand le père a disparu, le posthume n'a qu'une seule filiation, celle qui le rattache à la mère, à laquelle il est soumis pour sa personne et pour ses intérêts, et il ne saurait avoir une autre nationalité que la sienne (4).

225. L'art. 8, n° 2, déclare Français les individus nés en France de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue. On ne doit pas voir dans cette disposition un retour, pour un cas particulier, à la doctrine qui fait dépendre la nationalité du fait accidentel de la naissance sur le territoire

(1) Voy. Cass. belge, 18 avril 1887, D. 88, 2, 9.
(2) Cogordan, *loc. cit.*, p. 36.
(3) Pau, 23 juillet 1889, S. 90, 2, 183.
(4) Conf. A. Weiss, *Dr. intern. priv.*, 1re édit., p. 26.

français. C'est au contraire un hommage rendu au principe que la nationalité se transmet par la filiation. Il n'est pas douteux, en effet, que les enfants nés de parents inconnus sont, pour le plus grand nombre, issus de parents français, et il serait odieux de leur refuser la qualité de Français, sous prétexte qu'il peut y avoir parmi eux quelques individus issus d'étrangers. Notre Cour de cassation s'était déjà prononcée dans ce sens (1). Il est donc impossible de comprendre comment, dans la discussion qui a eu lieu au Sénat, un orateur a pu s'oublier au point de prétendre que la solution proposée avait pour résultat de recueillir « *l'écume d'une nation étrangère!* » (2).

226. Est encore Français :

ART. 8, 3°. Tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né.

Les rédacteurs du Code civil avaient admis que les individus d'origine étrangère, nés sur le territoire français, devaient, ainsi que leur descendance, demeurer perpétuellement étrangers, sauf à pouvoir obtenir plus facilement le bienfait de la naturalisation. Cette doctrine ne tenait pas compte de ce fait que, surtout dans la période moderne, toutes les nations exercent les unes sur les autres, et par conséquent subissent, les effets d'une puissance plus ou moins grande de pénétration réciproque. Sans doute, *le gros de la nation*, s'il est permis de s'exprimer ainsi, demeure invariablement composé d'individus ayant une véritable communauté d'origine et de race ; mais tous les jours la nation s'augmente, en fait, d'éléments étrangers qui, se développant sur le sol français, finissent sous l'influence du milieu et de l'esprit d'imitation, par ne plus se distinguer des Français d'ori-

(1) Cass. 14 juin 1887, D. 89, 1, 64; Cass. 16 mars 1863, D. 63, 1, 136; comp. Cass. 24 mars 1886, D. 86, 1, 459. *Contrà*, Cass. belge, 24 juin 1880, D. 2, 209.

(2) Voy. DUVERGIER, *Collection*, 1889, p. 236.

gine. Il arrive un moment où l'assimilation est complète. C'est alors que le législateur, qui n'a pas créé une telle situation, doit intervenir pour déclarer que les individus dont il s'agit sont réellement français.

L'effet principal d'un telle déclaration sera d'empêcher l'accroissement indéfini du nombre de ces individus qui, issus de familles depuis longtemps établies en France, ayant les mêmes intérêts que les Français eux-mêmes et jouissant en fait des mêmes avantages, étaient cependant trop souvent portés à exciper de leur qualité d'étranger pour se dispenser du service militaire.

227. La loi du 12 février 1851 vint, la première, modifier le Code civil dans le sens ci-dessus indiqué. « Est Français, d'après cette loi, tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, à moins que, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française, il ne réclame la qualité d'étranger par une déclaration faite soit devant l'autorité municipale du lieu de sa résidence, soit devant les agents diplomatiques ou consulaires accrédités en France par le gouvernement étranger, » et en outre, en vertu d'une loi du 16 décembre 1874, « qu'il ne justifie avoir conservé sa nationalité d'origine par une attestation en due forme de son gouvernement, laquelle demeurera annexée à la déclaration. »

D'après les textes précités, l'enfant né en France d'un étranger né lui-même en France, devenait donc Français dès sa naissance, sauf à renoncer à cette qualité après sa vingt-et-unième année, pour devenir étranger.

Or, c'est précisément ce qui se produisit souvent : arrivés à l'époque de leur majorité un grand nombre d'individus se trouvant dans la situation qui vient d'être envisagée, réclamèrent leur qualité d'étranger pour se soustraire à la charge du service militaire.

L'expérience arriva donc à démontrer que le seul remède

efficace pour paralyser certains calculs égoïstes était de supprimer la faculté d'option accordée par les lois du 7 février 1851 et 16 décembre 1874. C'est ce qui a été fait par la loi du 27 juin 1889 dont c'est la principale innovation.

228. Le point de vue a, en effet, changé : avant la nouvelle loi, le législateur considérait que la situation de celui qui était né en France d'un auteur qui y était né lui-même était éminemment favorable, qu'il était donc convenable de lui accorder, à titre de faveur, la qualité de Français, sauf à l'intéressé à décliner cette faveur à l'époque de sa majorité. Mais on a dû reconnaître qu'une telle situation pouvait et devait être envisagée d'une toute autre manière : quand, sous la protection de la loi française un étranger vient s'établir en France, qu'il a des enfants nés en France, et que ceux-ci ont eux-mêmes des enfants également nés en France, ces derniers, qui recueillent le bénéfice des avantages dont leur famille a profité durant deux générations, doivent subir les charges qui incombent à tout citoyen, et par conséquent doivent être déclarés Français de plein droit, et d'une manière définitive et irrévocable. Le nouvel art. 8, § 3, doit s'appliquer sans difficulté aux individus qui, au moment de sa promulgation, étaient déjà nés en France d'étrangers nés eux-mêmes sur le territoire ; ils ont perdu le droit de décliner la nationalité française. Mais, s'ils ont excipé de leur extranéité dans l'année de leur majorité, conformément à la loi de 1874, ils ne pourront plus se prévaloir de la loi nouvelle pour prétendre qu'ils sont Français (1).

Quant aux individus qui, au moment de la promulgation de la loi, seraient entrés dans leur vingt-deuxième année, faut-il décider qu'ils sont Français d'une manière irrévocable? La législation antérieure leur réservait une faculté d'option

(1) Limoges, 13 mars 1889, D. 89, 2, 272 ; comp. Lyon, 2 avril 1890, D. 90, 2, 262.

entre la nationalité française et la nationalité étrangère. Or, la nationalité fait partie de l'état des personnes; le droit d'option destiné à maintenir cette nationalité est garanti par une action, il doit donc être respecté par la loi nouvelle (1) (V. *suprà*, n° 59, 4°).

Pour que le résultat voulu par l'art. 8, § 3, se produise, il n'est pas nécessaire que le père et la mère de l'enfant soient l'un *et* l'autre nés en France, il suffit que l'un *ou* l'autre soit né en France. La loi parle en effet d'un enfant « né en France *d'un étranger* qui, lui-même, y est né. » Il est manifeste que l'expression *étranger* s'applique à la mère aussi bien qu'au père.

229. La loi a en vue principalement le cas où une famille étrangère s'est établie en France d'une manière définitive; cependant elle n'exige aucune condition de résidence ni, à plus forte raison, de domicile en France, soit de la part de l'auteur de l'enfant, soit de la part de l'enfant lui-même. Elle doit, par conséquent, recevoir son application, quand même la naissance de l'enfant, ou celle de son auteur sur le territoire français, ou même la naissance de tous les deux, serait le résultat de circonstances tout à fait fortuites et non d'un établissement proprement dit. Cette généralité de la loi a été critiquée (2), on a même proposé de régler d'une manière particulière la situation des jeunes gens nés dans de semblables conditions (3).

Nous croyons cependant que la loi est bien faite, et qu'il serait tout à fait dangereux de vouloir distinguer entre le cas où les naissances ont eu lieu après un sérieux établisse-

(1) *Contrà*, CHAUSSE, *Revue critique*, 1890, p. 388.

(2) Voy. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, 3e édit., n° 121, *supp.* Conf. BEUDANT, *Revue critique*, 1856, p. 84 et suiv. DEMOLOMBE, t. I, n° 165, *quint.*

(3) COGORDAN, *Nationalité*, p. 111.

ment en France, et le cas au contraire où ces naissances se seraient produites fortuitement, au cours par exemple d'une excursion momentanée faite en France. Si, en effet, une telle distinction était introduite dans la loi, on verrait bien souvent les individus appelés au service militaire comme étant français en vertu de l'art. 8, n° 3, exciper de leur extranéité sous prétexte que leur naissance ou celle de leur auteur ne s'est pas produite à suite d'un véritable établissement ; les procès se multiplieraient sur des points souvent difficiles à apprécier, et le but principal de la disposition que nous examinons serait manqué. Ce point de vue n'a pas échappé au législateur ; il convient de remarquer en effet que le projet qui a servi de base à la loi du 7 février 1851, imposait la condition de résidence au père de l'étranger né en France. Mais cette condition fut supprimée par la commission *afin d'éviter les difficultés, souvent délicates à résoudre, que soulèvent les questions de résidence* (1). Or, la loi de 1889 a été, à ce point de vue, rédigée dans le même esprit.

230. « L'hypothèse la plus délicate, dit un auteur, et pouvant donner lieu aux plus sérieuses difficultés, si la jurisprudence n'intervient pas et si l'administration n'apporte pas dans la pratique un grand esprit de conciliation, est celle des fils nés en France d'agents diplomatiques qui eux-mêmes y sont nés. Le cas n'est pas improbable et se rencontrera certainement dans la pratique. Il eût fallu, croyons-nous, le régler dans la loi elle-même, en édictant une exception. C'était l'intention du gouvernement qui a présenté des observations dans ce sens au Sénat, lors de la discussion de la loi sur la nationalité. La commission n'a pas pensé qu'il y a lieu d'admettre la proposition, sous le prétexte que *la chose allait de soi...* (2). »

(1) Dev., *Lois annotées*, 1851, 3e part., p. 24.
(2) Cogordan, *loc. cit.*, p. 111.

Nous pensons que la commission a eu raison. Les lois ayant pour objet la détermination des effets, sur la nationalité, du séjour d'un étranger en France, et des conséquences de ce séjour, ne concernent que les personnes privées et non les agents qui ne résident en France qu'au titre de représentants d'une souveraineté étrangère. L'immunité qui couvre ces agents a pour but de leur assurer en France, dans l'intérêt de l'accomplissement de leur mission, une liberté et une sécurité analogues à celles qu'ils pourraient avoir dans leur propre pays. Lorsque, par un décret du 13 ventôse an II, la Convention Nationale interdisait « à toute autorité constituée d'attenter, *en aucune manière*, à la personne des envoyés des gouvernements étrangers », elle entendait protéger ces envoyés non seulement dans leur personne physique, mais aussi dans leur personne civile, en les mettant à l'abri de toute loi française qui pourrait modifier l'état ou la nationalité des personnes en général.

Ce décret fut en quelque sorte paraphrasé dans le premier projet du Code civil, qui contenait un article ainsi conçu : « Les étrangers revêtus d'un caractère représentatif de leur nation, en qualité d'ambassadeurs, de ministres, d'envoyés, ou sous quelqu'autre dénomination que ce soit, ne seront point traduits, ni en matière civile, ni en matière criminelle devant les tribunaux de France; il en sera de même des étrangers qui composeront leur famille ou qui seront de leur suite. » Il est vrai que cet article fut supprimé parce qu'il constituait plutôt une disposition du droit des gens, qu'une disposition de régime intérieur; mais il était seulement le développement de la pensée du décret précité de la Convention qui est toujours en vigueur et doit servir de règle pour l'application des lois françaises aux agents diplomatiques.

231. L'individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, ne peut répudier la qualité de Français, que si dans l'année qui suit sa majorité, telle qu'elle est fixée par la loi

française, il réclame la qualité d'étranger par une déclaration faite soit devant l'autorité municipale du lieu de sa résidence, soit devant les agents diplomatiques ou consulaires de France à l'étranger.

Cette déclaration est irrévocable, et celui de qui elle émane ne saurait prétendre la faire considérer comme non avenue, par le motif que postérieurement il aurait volontairement pris du service dans les armées françaises (1).

Sous l'empire de l'ancien art. 9, il a été jugé que la déclaration dont il s'agit ne pouvait émaner que de l'intéressé lui-même dans l'année qui suit sa majorité, et qu'il ne pouvait être suppléé à cette formalité par une déclaration faite à l'avance par le père au nom de son fils mineur (2). Cette décision ne saurait être suivie sous l'empire du nouvel art. 9 qui, ainsi qu'on le verra ci-après, admet les déclarations faites au nom des mineurs.

232. La loi déclare Français celui qui est né en France d'un étranger qui lui-même y est né. Comment convenait-il de traiter l'individu né en France d'un étranger né hors de France?

L'ancien art. 9 du C. C. lui permettait de réclamer la qualité de Français dans l'année de sa majorité, par une simple déclaration, qu'il eût ou non conservé une résidence sur le sol natal. Mais jusqu'à l'âge de 21 ans, il demeurait étranger, de telle sorte qu'au cours de sa minorité il était privé des avantages inhérents à la qualité de Français; l'accès des écoles du gouvernement lui était interdit, puisque l'âge réglementaire pour s'y présenter est au-dessous de vingt-et-un ans. L'avantage accordé était donc stérile, car le droit de devenir Français ne naissait qu'après les occasions importantes d'en profiter (3).

(1) Amiens, 8 mai 1884, D. 85, 2, 239.
(2) Paris, 5 août 1886, D. 87, 2, 13.
(3) Voy. Duvergier, *Coll.*, 1889, p. 236, note 2.

En conséquence, la loi de 1889 a pensé qu'il était juste de traiter plus favorablement celui qui réunissait la double condition d'être né en France et d'y être domicilié à l'époque de sa majorité, qui par conséquent devait être présumé y avoir eu sa résidence durant sa minorité ;

Donc, elle déclare Français :

ART. 8, 4°. Tout individu né en France d'un étranger et qui, à l'époque de sa majorité, est domicilié en France, à moins que, dans l'année qui suit sa majorité, telle qu'elle est réglée par la loi française, il n'ait décliné la qualité de Français et prouvé qu'il a conservé la nationalité de ses parents, par une attestation en due forme de son gouvernement, laquelle demeurera annexée à la déclaration, et qu'il n'ait en outre produit, s'il y a lieu, un certificat constatant qu'il a répondu à l'appel sous les drapeaux, conformément à la loi militaire de son pays, sauf les exceptions prévues aux traités.

L'individu qui réunit la double condition d'être né en France et d'y être domicilié à l'époque de sa majorité, est donc Français, sauf le droit qui lui est réservé de formuler une option contraire dans sa vingt-deuxième année. Mais pour éviter que cette option ne soit pour lui un moyen d'échapper partout aux charges publiques et au service militaire, la loi exige qu'il établisse par une attestation émanée des autorités de la patrie de ses parents, qu'il y ressortit encore, et de plus qu'il a satisfait à la loi du recrutement dans le cas où cette dernière imposerait le service militaire obligatoire à tous ses sujets. Si dans le pays dont se réclame le déclarant, le service militaire n'existe pas (comme en Angleterre), ou s'il en est dispensé par ce motif qu'il appartient à une classe d'individus qui n'y est pas astreinte (comme les chrétiens de Turquie), un certificat constatant cette situation doit être produit au lieu et place de l'attestation dont il vient d'être parlé (1).

L'individu né en France d'un étranger et domicilié en France à l'époque de sa majorité, peut donc jusqu'au dernier

(1) Voy. *Annuaire de législ. franç.* de la *Société de Législ. comp.*, 1890, p. 125, note 1.

jour de sa vingt-deuxième année répudier la qualité de Français. Si donc, il est recherché avant cette époque en qualité de Français, il doit être recevable à faire constater judiciairement la situation qui lui appartient. Durant sa minorité son père a le même droit, en qualité d'administrateur de sa personne, à l'effet de maintenir intact son droit d'option jusqu'à l'époque où il devra l'exercer. C'est ce qui a été jugé avec raison à propos de l'application de la loi du 16 décembre 1874, et il y a même raison de décider dans le cas du nouvel article 8, 4° (1).

Enfin, il convient de remarquer que la loi du 26 juin 1889 ne pouvant avoir d'effet rétroactif, l'individu né en France de parents étrangers, et domicilié en France lors de sa majorité, mais dont la nationalité étrangère était définitivement fixée, n'est pas devenu Français par l'effet de cette loi (2).

Un décret du 13 août 1889 portant règlement d'administration publique pour l'exécution de la loi du 26 juin 1889, indique la procédure à suivre pour les déclarations nécessaires soit pour acquérir soit pour répudier la qualité de Français. Nous en parlerons plus loin (n° 261).

§ 3. — Etrangers naturalisés français.

233. — Art. 8, 5°. Divers systèmes de naturalisation.
234. — Système consacré par la loi actuelle.
235. — Du stage préalable à la naturalisation.
236. — Formes de la demande en naturalisation ; pièces à produire.
237. — L'étranger qui demande sa naturalisation en France doit avoir vingt-et-un ans.

233. Après avoir énuméré les individus auxquels la qualité de Français doit appartenir par suite de leur filiation ou des

(1) Limoges, 13 mars 1889, D. 2, 272.
(2) Lyon, 2 avril 1890, D. 90, 2, 262.

circonstances particulières dans lesquelles s'est produite leur naissance sur le territoire français, la loi s'occupe des étrangers qui veulent devenir Français; d'après son texte, sont Français :

ART. 8, 5°. Les étrangers naturalisés.

Peuvent être naturalisés :

1 Les étrangers qui ont obtenu l'autorisation de fixer leur domicile en France, conformément à l'art. 13 ci-dessous, après trois ans de domicile en France, à dater de l'enregistrement de leur demande au ministère de la justice;

2° Les étrangers qui peuvent justifier d'une résidence non interrompue pendant dix années;

Est assimilée à la résidence en France le séjour en pays étranger pour l'exercice d'une fonction conférée par le gouvernement français;

3° Les étrangers admis à fixer leur domicile en France, après un an, s'ils ont rendu des services importants à la France, s'ils y ont apporté des talents distingués ou s'ils y ont introduit soit une industrie, soit des inventions utiles, ou s'ils ont créé soit des établissements industriels ou autres, soit des exploitations agricoles, ou s'ils ont été attachés, à un titre quelconque, au service militaire dans les colonies et les protectorats français;

4° L'étranger qui a épousé une Française, aussi après une année de domicile autorisé.

Il est statué par décret sur la demande de naturalisation, après une enquête sur la moralité de l'étranger.

Dans un sens large, le mot *naturalisation* peut désigner tout événement par lequel un étranger devient Français.

Dans un sens spécial, le mot *naturalisation* désigne l'acte par lequel un étranger, remplissant certaines conditions exigées à cet effet par la loi française, reçoit à titre de faveur, du gouvernement français, la qualité de Français.

On peut en pareille matière concevoir plusieurs systèmes :

La naturalisation peut se produire comme un effet de la toute puissance de la nation représentée par son pouvoir exécutif. Il en était ainsi dans l'ancien droit où la naturalisation s'opérait au moyen de lettres patentes, dites *lettres de naturalité*, délivrées par le roi, et dont l'obtention n'était subordonnée à aucune condition préalable.

La naturalisation peut se produire comme un simple effet de la loi résultant du concours de certaines circonstances, indépendamment de toute intervention des pouvoirs

publics. Ce fut le système adopté par les lois de la Révolution (1).

Il faut, pour qu'un tel système fonctionne convenablement, que les circonstances auxquelles la loi entend attacher comme effet l'acquisition de la qualité de Français, soient suffisamment caractéristiques. Or, à ce point de vue la constitution de 1793 était évidemment allé trop loin ; l'art. 4 était en effet ainsi conçu :

« Tout étranger âgé de 21 ans accomplis qui, domicilié en France depuis une année, y vit de son travail, ou acquiert une propriété, ou épouse une Française, ou adopte un enfant, ou nourrit un vieillard, tout étranger enfin qui sera jugé par le Corps législatif avoir bien mérité de l'humanité est admis à l'exercice des droits de citoyen français. »

Il est manifeste que la plupart des circonstances envisagées par le texte qui précède étaient, en elles-mêmes, sans signification suffisante. Cela était d'autant plus fâcheux que, dans le système de la loi, la qualité de Français était acquise de plein droit à l'étranger, sans qu'il y eût nécessité pour lui de manifester le vœu ou l'intention de profiter de ses dispositions (2).

La constitution du 5 fructidor an III, qui abrogea celle de 1793, ne produisit son effet, en ce qui touche les conditions nécessaires pour devenir Français, qu'à dater du 22 septembre 1795 (3).

Voici le texte de l'art. 5 de cette constitution :

(1) Voy. L. 30 avril-2 mai 1790; Const. des 3-14 sept. 1791, du 24 juin 1793, du 5 fruct. an III, du 22 frim. an VIII.

(2) Pau, 23 juillet 1889, S. 90, 2, 183, et les autres arrêts cités en note. Voy. AUBRY et RAU, t. I, § 71, texte et note 14. *Contrà :* Orléans, 25 juin 1830; Paris, 13 nov. 1841, S. 41, 2, 609; comp. Cass. 28 avril 1836, S. 36, 1, 749.

(3) Pau, 23 juillet 1889, S. 90, 2, 183 (solut. implicite); conf. Colmar, 13 oct. 1829, Code civ. annoté de FUZIER-HERMAN, sur l'art. 13, n° 59.

« L'étranger devient citoyen français lorsqu'après avoir atteint l'âge de vingt-et-un ans accomplis et avoir déclaré l'intention de se fixer en France, il y a résidé pendant sept années consécutives, pourvu qu'il y paie une contribution directe, et qu'en outre il y possède une propriété foncière, ou un établissement d'agriculture ou de commerce, ou qu'il ait épousé une Française. »

La constitution du 22 frimaire an VIII (art. 3), accorda la naturalisation à la seule condition de la déclaration, suivie de dix ans de séjour. Comme sous l'empire des précédentes constitutions, l'acquisition de la qualité de Français avait lieu par le seul effet de la loi.

Ce système était le meilleur et aurait dû être maintenu dans la forme que lui avait donnée la constitution de l'an III. Mais il ne tarda pas à être battu en brèche. Un avis du Conseil d'État des 18-20 prairial an XI, interprétant l'art. 13, C. C., admit que l'étranger voulant s'établir en France dans le but de se faire naturaliser, devait obtenir l'autorisation préalable du gouvernement. Le décret du 17 mars 1809 décida ensuite que lorsque l'étranger aurait accompli le temps de stage exigé par la loi, la naturalisation ne s'opérerait plus de plein droit à son profit, mais qu'elle serait prononcée par le chef du gouvernement sur l'avis du Conseil d'État.

234. C'est ainsi qu'a été constitué un troisième système dans lequel la naturalisation devient une faveur arbitraire accordée par le gouvernement aux étrangers remplissant certaines conditions. Ce système a servi de base aux lois qui ont successivement réglementé la matière, et qui sont principalement la loi du 3 décembre 1849 et celle du 29 juin 1866 dont les dispositions à peine modifiées, se trouvent incorporées au Code civil par l'effet de la loi du 27 juin 1889.

Ce système a l'unique avantage de rendre impossible toute contestation sur le point de savoir si un étranger est devenu

Français par suite d'une naturalisation. Il a l'inconvénient de ne donner aucune garantie contre l'arbitraire administratif.

La loi invite en quelque sorte les étrangers à s'établir en France, et leur laisse entrevoir la naturalisation après une résidence plus ou moins longue. Mais après la durée du stage imposé par la loi, l'étranger peut voir sa demande rejetée, *après une enquête sur sa moralité!* Dans ces conditions, le rejet de la demande devient déshonorant. Le système de la constitution de l'an III était préférable; il eût suffi de le compléter en excluant du bénéfice de la loi l'étranger qui aurait subi en France ou ailleurs une condamnation de nature à faire perdre à un Français ses droits électoraux.

235. La loi du 27 juin 1889 soumet le demandeur en naturalisation, à un stage *autorisé* de trois ans sur le territoire français. Mais elle affranchit de cette condition l'étranger résidant en France depuis dix ans au moins. De sorte que dix ans de résidence non interrompue équivalent désormais, au point de vue de la naturalisation, à trois ans de domicile autorisé.

La loi abrège la résidence habituellement requise en faveur des étrangers qui se trouvent dans certaines conditions particulières, et notamment en faveur de ceux qui ont créé en France : *soit des établissements industriels ou autres, soit des exploitations agricoles.* La loi de 1867, à qui l'idée est empruntée, avait parlé de *grands établissements*, ou de *grandes exploitations agricoles.* La suppression des expressions ayant pour but de déterminer l'importance des exploitations ou établissements a été intentionnelle. « On a fait observer avec raison, a dit le rapporteur de la loi, qu'il y a certains établissements qui n'étaient pas grands par l'étendue, certaines exploitations agricoles qui n'étaient pas très considérables, mais qui étaient menés avec un tel talent, un tel savoir-faire, qu'ils rendaient autant de services qu'une grande exploitation, parce qu'ils donnaient l'exemple de la bonne culture,

de l'industrie sagement conduite. Du reste, il y a une garantie suffisante ; *c'est le gouvernement qui appréciera* (!) ; l'enquête aura lieu, et le gouvernement appréciera si les services sont suffisants. Nous n'avons pas voulu que le gouvernement fût lié par ces mots : grande exploitation, grands établissements (1). » Mais le gouvernement n'était pas lié le moins du monde, et la rédaction nouvelle a simplement pour effet d'élargir le champ de l'arbitraire.

Quoi qu'il en soit, il est certain que, dans la théorie de la loi, la naturalisation à bref délai est considérée comme une grande faveur réservée à des titres exceptionnels et difficiles à se créer. Par dérogation à ce point de vue, le simple fait d'épouser une Française donne lieu à cette faveur. C'est là une innovation qui, n'étant justifiée par aucune raison spéciale, s'explique, a-t-on dit, par le caractère libéral qu'on a voulu donner à la loi (2). On peut dire aussi que l'étranger qui, après avoir épousé une Française, demande l'autorisation d'établir son domicile en France, et l'y établit en effet, donne de ses sentiments envers la France une preuve suffisante pour motiver une réduction du stage. Une solution analogue est admise en Espagne, en Portugal et dans la Confédération argentine (3), et se trouvait déjà, comme on l'a vu, dans la constitution de 1793.

La loi de 1889 prévoit pour les étrangers deux situations différentes :

Ou bien ils ont demandé et obtenu leur *admission à domicile*, et alors ils sont tenus à un stage de trois ans;

Ou bien il n'y a pas eu *admission à domicile*, et alors ils doivent justifier d'une résidence en France, non interrompue, durant dix années.

(1) Duvergier, *Collect.*, 1889, p. 238.
(2) Duvergier, *loc. cit.*, p. 238.
(3) *Annuaire* de la *Société de légis. comp.*, 1890, p. 126, note 1.

La loi ajoute que le séjour en pays étranger pour l'exercice d'une fonction conférée par le gouvernement français, est assimilé à la *résidence* en France. Le mot *résidence* doit être entendu dans son sens le plus large, et comprendre par conséquent le *domicile* auquel un étranger a pu être admis (1). Ainsi un étranger a été, depuis une année, admis à domicile; il est ensuite nommé agent consulaire, ou commis de chancellerie; nous pensons qu'après deux ans de séjour en pays étranger pour remplir les fonctions à lui confiées, il pourra être traité comme les étrangers ayant trois ans de domicile autorisé en France.

236. La procédure de la naturalisation a été réglementée par un décret du 13 août 1889;

Une note du mois d'octobre suivant, rédigée par la direction des affaires civiles et du sceau, résume, d'après le décret précité, les formalités que doivent remplir ceux qui, conformément à la loi nouvelle, sollicitent soit l'admission à domicile, soit la naturalisation (2). Voici ce qui concerne la naturalisation, nous parlerons de l'admission à domicile sous l'art. 13 (n° 270) :

L'étranger qui veut obtenir sa naturalisation, doit rédiger sa demande sur papier timbré (en double exemplaire) et y joindre son acte de naissance, celui de son père, un extrait du casier judiciaire (3), et, le cas échéant, son acte de mariage, ainsi que les actes de naissance de ses enfants mineurs, avec la traduction de ces actes, s'ils sont en langue étrangère. Il doit prandre l'engagement de payer les droits (175 fr. 25).

S'il sollicite la naturalisation en vertu, soit du n° 2, soit du n° 4 de l'art. 8, il doit produire en outre, dans le premier cas, l'acte de naissance de sa femme et l'acte de naissance

(1) Voy. Cogordan, *Nationalité*, p. 131.

(2) *Bull. officiel du min. de l'int.*, 1889, p. 382 et suiv.

(3) V. *infrà*, n° 294, comment doit être demandé l'extrait du casier judiciaire.

du père de celle-ci ; dans le second cas, des documents établissant qu'il réside en France depuis dix ans au moins. (Pièces officielles ou ayant date certaine, baux, quittances de loyer, patentes, livret d'ouvrier, certificats de patron ou de propriétaire légalisés).

Nous avons vu que la demande en naturalisation donne lieu à une enquête sur la moralité du requérant. Théoriquement, la naturalisation ne doit être accordée que si le résultat de cette enquête est satisfaisant. Dans ce cas, il est rendu par le chef de l'État, sur la proposition du garde des sceaux, et sans l'intervention du Conseil d'État, un décret de naturalisation qui est inséré au *Journal officiel*, conformément aux règles générales sur la promulgation (V. n° 38). La qualité de Français ne pourrait résulter d'un décret de naturalisation non promulgué (1).

C'est par suite de considérations purement pratiques que la faculté de statuer sur les demandes en naturalisation a été attribuée au pouvoir exécutif; rationnellement la décision devrait appartenir au pouvoir législatif seul compétent pour statuer sur tout ce qui intéresse la constitution et la composition de la cité.

237. Le changement de nationalité résultant de la naturalisation implique une manifestation de volonté qui, pour être efficace, suppose la pleine capacité de disposer de ses droits. L'étranger demandeur devrait donc, ce semble, être majeur d'après la loi de son pays pour que sa demande puisse être prise en considération. Il n'en est rien cependant. Les constitutions de 1793 et de l'an III décidaient que la naturalisation était acquise à tout étranger remplissant les conditions voulues, pourvu qu'il eût vingt-et-un ans; la loi de 1849 et, après elle, la loi de 1867 exigeaient simplement du pétitionnaire

(1) Paris, 19 fév. 1877, D. 77, 2, 68; voy. note sous un arrêt de Lyon, 23 fév. 1887, D. 88, 2, 32.

qu'il fut âgé de vingt-et-un-ans. Il est vrai que la loi nouvelle, qui a formellement abrogé ces deux lois, est demeurée muette sur ce point. Mais cela ne saurait nous autoriser à supposer que le législateur a voulu modifier un système nettement affirmé par tous les documents législatifs en matière de naturalisation. Ainsi : le sénatus-consulte du 14 juillet 1865, pour l'Algérie; le décret du 25 mai 1881 pour la Cochinchine, le décret du 16 novembre 1882 pour la Nouvelle-Calédonie; les deux décrets du 29 juillet 1887 concernant la Tunisie et l'Indo-Chine, contiennent tous une disposition admettant l'étranger à solliciter la naturalisation dès l'âge de vingt-et-un ans. Il n'est pas admissible que ce même étranger n'ait pas, dès le même âge, le droit de demander la naturalisation dans la métropole. La loi française a considéré que c'était un droit pour l'individu de changer de nationalité, et n'a pas voulu subordonner ses dispositions aux lois étrangères pouvant paralyser indéfiniment la manifestation efficace de la volonté individuelle (1).

§ 4. — Naturalisation dans les colonies et les pays annexés.

238. — La loi du 27 juin 1889 est applicable à la GUADELOUPE, à la MARTINIQUE et à la RÉUNION.

239. — ALGÉRIE. Les natifs musulmans sont français, mais non *citoyens;* admission à la jouissance des droits de citoyen français.

240. — Les indigènes israélites sont citoyens français.

241. — Naturalisation des étrangers résidant en Algérie.

242. — INDE FRANÇAISE. Faculté accordée aux natifs de renoncer à leur statut personnel.

243. — COCHINCHINE FRANÇAISE. Les indigènes peuvent devenir citoyens français à partir de 21 ans.

244. — Naturalisation des étrangers résidant en Extrême-Orient.

(1) Voy. Dissertation de M. AUDINET, *Revue critique*, 1891, p. 48 et suiv.

245. — NOUVELLE-CALÉDONIE. Naturalisation des étrangers établis en Nouvelle-Calédonie.
246. — Pays protégés. TUNISIE et INDO-CHINE.
247. — TAÏTI.
248. — Autres possessions françaises.
249. — Effets de la naturalisation obtenue dans les colonies.
250. — Des annexions de territoire.
251. — Annexion de l'île SAINT-BARTHÉLEMY.
252. — Annexion de la SAVOIE et du Comté de NICE.
253. — Annexion de MENTON et de ROQUEBRUNE ; rectification de frontière dans la vallée de DAPPES.

238. L'art. 2 de la loi du 27 juin 1889, porte : « La présente loi est applicable à l'Algérie et aux colonies de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Réunion. — Continueront toutefois de recevoir leur application le sénatus-consulte du 14 juillet 1865, et les autres dispositions spéciales à l'Algérie. »

D'un autre côté, l'art. 3 de la même loi dispose :

« Pour l'exécution de la présente loi, un règlement d'administration publique déterminera : 1° Les conditions auxquelles ses dispositions seront applicables aux colonies autres que celles dont il est parlé à l'art. 2 ci-dessus, ainsi que les formes à suivre pour la naturalisation dans les colonies. »

Pour la Martinique, la Guadeloupe et la Réunion, les lois de 1849 et de 1867 étaient déjà applicables dans ces îles en vertu d'une loi spéciale du 10 juin 1874. Elles sont désormais soumises, comme le métropole, à la loi de 1889. Nous n'avons donc à nous occuper que des autres colonies et pays de protectorat.

239. L'Algérie devenue française depuis le jour de la conquête (1), est soumise à un régime spécial établi par le sénatus-consulte du 14 juillet 1865, et les décrets des 21 avril 1866 et 24 octobre 1870.

Aux termes du sénatus-consulte, les musulmans nés en Algérie sont déclarés français, mais non citoyens. Ils demeu-

(1) Paris, 2 fév. 1839, S. 39, 2, 334.

rent soumis aux lois musulmanes, tant au point de vue civil qu'au point de vue religieux, et peuvent néanmoins, sous certaines réserves, faire partie de l'armée française. Ils peuvent aussi être admis à certaines fonctions civiles énumérées dans un tableau annexé au décret du 21 avril 1866.

Le musulman algérien étant déclaré français, il ne saurait être question à son égard d'une véritable naturalisation, quoique cette expression ait été employée par quelques arrêts et même par quelques écrivains (1). Mais il peut être admis à l'exercice des droits de citoyen français.

A cet effet le requérant doit se présenter en personne devant le maire ou le chef du bureau arabe, et y déclarer qu'il entend être régi par les lois civiles et politiques de la France. Le maire fait une enquête, et la transmet avec la demande au Gouverneur général qui prononce après avoir pris l'avis du comité consultatif.

La situation des musulmans résidant en Algérie, non admis à la jouissance des droits de citoyens français, est réglée par le décret du 17 avril 1889, remplaçant le décret du 10 septembre 1886 sur la justice musulmane en Algérie, et dont voici l'économie :

Ces musulmans continuent à être régis par leurs droit et coutumes en ce qui concerne :

Leur statut personnel;

Leurs successions;

Ceux de leurs immeubles dont la propriété n'est pas établie conformément à la loi du 26 juillet 1873 ou par un titre français administratif, notarié ou judiciaire (art. 1).

Même pour ces matières, les musulmans peuvent renoncer, par une déclaration expresse, à l'application de leurs droit et coutumes pour se soumettre à la loi française. Cette déclaration sera insérée, soit dans la convention originaire, soit dans

(1) V. Chausse, *Revue critique*, 1890, p. 395.

une convention spéciale; la renonciation résulte, en outre, à moins de déclaration contraire, de la réception de la convention originaire par un officier public français (art. 3). Ils sont régis par la loi française pour toutes les autres matières (art. 2); dans tous les cas où la loi française est applicable, ils sont justiciables de la juridiction française (art. 6).

240. Les indigènes israélites étaient traités comme les musulmans par le sénatus-consulte de 1865; ils étaient par conséquent français mais régis par la loi israélite sauf pour leur statut réel qui était régi par la loi française (1).

Ils trouvaient néanmoins dans leur qualité de sujets français, le droit de renoncer aux privilèges et d'échapper à la sujétion du statut israélite, en réclamant à l'occasion de tout contrat de la vie civile, le bénéfice de la loi générale et du droit commun (2). Ainsi, par exemple, la comparution devant l'officier de l'état civil français, et la réquisition à lui adressée à l'effet d'être unis par mariage au nom de la loi française, constituaient de la part des israélites la réalisation de l'*option* qui leur était laissée (3).

Un décret du gouvernement de la Défense nationale du 24 novembre 1870 les a déclarés citoyens français, jouissant de tous les droits attachés à cette qualité. Aux termes de ce décret :

« Les israélites indigènes des départements de l'Algérie sont déclarés citoyens français. En conséquence, leur statut réel et leur statut personnel seront réglés par la loi française, tous droits acquis jusqu'à ce jour restant inviolables. »

L'abrogation pure et simple de ce décret fut proposée par le gouvernement le 21 juillet de l'année suivante. La commission nommée par l'Assemblée nationale proposa certaines

(1) Cass. 31 mars 1874, S. 75, 1, 346, note.
(2) Cass. 6 juin 1883, S. 84, 1, 99.
(3) *Ibid.*

mesures transitoires pour revenir au régime antérieur. Mais pendant que la question était à l'étude, la nécessité de pourvoir à la confection des listes électorales obligea le gouvernement à prendre des mesures provisoires pour les israélites algériens. Tel fut l'objet du décret du 7 octobre 1871, dont l'art. 1er a pour but de préciser ce qu'il faut entendre par l'indigénat. Cet article est ainsi conçu :

« Provisoirement et jusqu'à ce qu'il ait été statué par l'Assemblée nationale sur le maintien ou l'abrogation du décret du 24 octobre 1870, seront considérés comme indigènes, et, à ce titre, demeureront inscrits sur les listes électorales, s'ils remplissent d'ailleurs les autres conditions de capacité civile, les israélites nés en Algérie avant l'occupation française, ou nés, depuis cette époque, de parents établis en Algérie à l'époque où elle s'est produite. »

Le projet du gouvernement amendé par la commission ayant été repoussé par l'Assemblée nationale, le décret provisoire du 7 octobre 1871 est devenu définitif et est encore en vigueur, ainsi que celui du 20 octobre 1870, dont il est le commentaire.

Telle est donc la condition des indigènes musulmans et israélites. La loi nouvelle applicable à l'Algérie n'y apporte aucune modification, puisqu'elle déclare formellement maintenir l'application du sénatus-consulte de 1865 *et les autres dispositions spéciales à la naturalisation en Algérie.* Les israélites indigènes naissent citoyens français et les musulmans indigènes naissent Français et deviennent citoyens par une décision rendue à la suite de leur déclaration, décision qui n'est pas une véritable naturalisation.

241. Pour l'étranger résidant en Algérie, il s'agit au contraire d'une véritable naturalisation. Les formalités qu'il doit remplir sont les mêmes que celles concernant les musulmans algériens, sauf qu'il doit justifier en outre de trois ans de résidence, sans avoir besoin d'avoir obtenu au préalable

une autorisation de domicile. Le droit à acquitter est seulement de 1 franc.

Avant la loi de 1889, l'étranger n'avait pas d'autre condition à remplir, et il devenait Français, électeur et éligible, en vertu de la seule décision du gouverneur général. Il semble qu'il n'en sera plus de même aujourd'hui. En effet, l'art. 2 précité de la loi du 27 juin 1889 qui déclare maintenir l'application en Algérie des dispositions spéciales concernant la naturalisation, porte en même temps que « *la présente loi est applicable à l'Algérie!* » Ce qui revient à dire que, en ce qui concerne la naturalisation, l'Algérie est soumise en même temps aux dispositions spéciales antérieures à 1889, et à la loi de 1889 elle-même. Il s'agit donc de trouver le champ d'application de ces diverses lois. Le seul moyen d'y arriver, c'est de reconnaître qu'il faudra continuer d'appliquer les anciennes dispositions, quant à la procédure, jusqu'à la décision du gouverneur général, et qu'à partir de cette décision, il faudra suivre la loi nouvelle, c'est-à-dire que l'étranger naturalisé en Algérie ne sera éligible aux assemblées législatives que dix ans après l'arrêté de naturalisation (art. 3 de la loi de 1889).

242. *Inde française.* — Les natifs des établissements français de l'Inde présentent cette condition particulière qu'ils jouissent, comme Français, du droit de vote qui leur a été reconnu en 1848 et 1849, tout en demeurant soumis aux lois et coutumes de leur caste (1). Puisqu'ils sont Français, il ne saurait être question à leur égard de naturalisation. Mais ils peuvent renoncer à leur statut personnel. Leur condition, dans le domaine des droits privés, se rapproche donc beaucoup de celle des musulmans algériens. Un décret du 21 septembre 1881 autorise les natifs des deux

(1) Voy. Règlement du 22 fév. 1878, Édit de 1784, Arrêté du 6 fév. 1819, art. 3.

sexes à renoncer à leur statut personnel et fixe les règles d'une telle renonciation.

L'art. 1er de ce décret est ainsi conçu : « Dans les établissements français de l'Inde, les natifs des deux sexes, de toutes castes et religions, majeurs de vingt-et-un ans, pourront renoncer à leur statut personnel dans les formes et aux conditions ci-après déterminées. Par le fait de cette renonciation, qui sera définitive et irrévocable, ils sont régis, ainsi que leurs femmes et leurs enfants mineurs, par les lois civiles et politiques applicables aux Français dans la colonie. »

Mais même avant le décret de 1881, les natifs de l'Inde avaient la faculté d'adopter les lois françaises par des actes de leur libre volonté (1). Le plus caractéristique de ces actes impliquant renonciation au statut personnel, était le mariage contracté devant l'officier de l'état civil français, et même contracté en pays étranger dans les formes prescrites par la loi locale (2). Cette décision de la Cour de cassation ne paraît pas conforme aux principes. Elle ne tient pas compte, en effet, de l'impossibilité où se trouvaient les parties d'observer les coutumes de leur pays d'origine, ni de ce que les époux, de retour dans l'Inde, ont repris et pratiqué les rites religieux de leur caste. Mais la pratique administrative, suivie en cela par la jurisprudence, a une tendance naturelle à augmenter le nombre des Hindous ayant renoncé au statut de leur caste pour se soumettre à la loi française.

Au point de vue politique, les non-renonçants jouissent du droit de vote dans l'Inde seulement et non au dehors (3); ils ne sont pas éligibles.

243. *Cochinchine française.* — Un décret du 25 mai 1881

(1) Cass. 16 juin 1852, S. 52, 1, 417.

(2) Cass. 24 juillet 1888, *Droit* du 28 juillet 1888.

(3) Cass. 29 juillet 1889, D. 89, 1, 457; Cass. 3 janv. 1888, D. 88. 1, 81.

régit la matière. L'indigène annamite, né et domicilié en Cochinchine est Français ; néanmoins il continue à être régi par les lois annamites. Il peut sur sa demande, à partir de l'âge de 21 ans, être appelé à jouir des droits de citoyen français. Il doit établir qu'il parle la langue française, sauf s'il est décoré de la légion d'honneur, de la médaille militaire, ou de médailles d'honneur. La demande instruite sur place est, s'il y a lieu, transmise avec pièces à l'appui, et il est statué par le Président de la République, le Conseil d'État entendu. Le bénéfice du décret ainsi obtenu par un chef de famille s'étend à sa femme et à ses enfants mineurs.

244. Un décret du 17 juin 1889 réorganise le service de la justice en Cochinchine. Les tribunaux appliquent la loi annamite dans toutes les contestations entre indigènes ou Asiatiques, et la loi française dans toutes les contestations entre Européens ou entre Européens et indigènes, ou enfin entre indigènes qui, dans un acte, ont déclaré contracter sous l'empire de la loi française.

Les étrangers établis en Cochinchine pourront être naturalisés français s'ils demeurent depuis trois ans dans le pays, et s'ils parlent la langue française. La demande suivra la même filière que pour les indigènes.

Le délai de la naturalisation pour les natifs des pays placés dans l'Extrême-Orient sous le protectorat de la France est réduit à un an, et même tout stage peut être supprimé si le demandeur a rendu des services aux intérêts français.

Les étrangers doivent acquitter un droit de sceau de 100 francs au profit de la colonie. La naturalisation est gratuite pour les indigènes.

245. *Nouvelle-Calédonie.* — Aux termes d'un décret du 10 novembre 1882, les étrangers établis en Nouvelle-Calédonie depuis trois ans au moins, pourront obtenir la naturalisation à partir de l'âge de vingt-et-un ans. La naturalisa-

tion donne lieu à la perception d'un droit de 100 francs au profit de la colonie.

246. *Pays protégés* : Tunisie et Indo-Chine. — Deux décrets rendus le même jour, 29 juillet 1887 ont réglé ce qui a trait à la naturalisation en Tunisie et dans l'Indo-Chine.

Peuvent être admis à jouir des droits de citoyen français :

1° L'étranger qui justifie de trois années de résidence, soit en Tunisie, soit en France ou en Algérie, et en dernier lieu en Tunisie.

2° L'étranger qui justifie de trois ans de résidence, soit en Annam ou au Tonkin, soit en Cochinchine et en dernier lieu en Annam ou au Tonkin.

3° Le sujet tunisien qui pendant le même temps aura servi dans les armées de terre ou de mer ou qui aura rempli des fonctions ou emplois civils rétribués par le Trésor français.

4° L'indigène annamite ou tonkinois qui sera dans les mêmes conditions.

Il est statué sur la demande par un décret présidentiel. Aucun droit de sceau n'est perçu pour la naturalisation des individus attachés au service de la France. Pour les autres, le droit est fixé à 50 francs au profit du protectorat.

247. *Taïti.* — D'après la loi du 30 décembre 1880, la nationalité française est acquise de plein droit à tous les anciens sujets du roi de Taïti. Quant aux étrangers, la loi précitée dispose de la manière suivante :

Art. 4. « Les étrangers nés dans les anciens États du protectorat, ainsi que les étrangers qui y seront domiciliés depuis une année au moins, pourront demander leur naturalisation. Ils seront dispensés des délais et des formalités prescrites par la loi des 29 juin-5 juillet 1867, ainsi que des droits de sceau. »

Si la loi du 30 décembre 1880 s'en tenait à cette disposition, il faudrait reconnaître qu'elle organise le fonctionnement

régulier du procédé de la naturalisation dans les territoires dépendant de Taïti. Mais l'art. 4 de la même loi ajoute immédiatement :

« Les demandes seront adressées aux autorités coloniales *dans le délai d'une année, à partir du jour où la loi sera exécutoire dans la colonie.* »

Il résulte de cette précision que la naturalisation à Taïti n'a été qu'une mesure temporaire, prise en vue d'une certaine catégorie de personnes, et qu'elle n'y fonctionne plus depuis l'expiration de l'année qui a suivi le jour où la loi y est devenue exécutoire.

248. *Autres possessions françaises.* — Les autres possessions françaises pour lesquelles il n'est intervenu aucun décret spécial, sans que d'ailleurs, les lois de la métropole sur la naturalisation leur aient été déclarées applicables, se trouvent par la force des choses tout à fait soustraites à la pratique de la naturalisation. Les étrangers, quelle que soit la durée de leur résidence dans ces possessions, et le caractère de leurs titres ne pourront donc obtenir leur naturalisation, ni en vertu de lois spéciales puisque nous supposons qu'il n'y en a pas, ni en vertu de la loi générale, puisque nous supposons qu'elle n'est pas applicable.

249. Le coup d'œil rapide que nous venons de jeter sur la naturalisation dans les colonies donne lieu à certaines observations :

D'abord il est reçu que la naturalisation obtenue dans les colonies peut être invoquée partout, même dans la métropole, et y produit ses effets entiers (1). Or, la naturalisation est bien plus facile à obtenir dans les colonies qu'en France. En second lieu, et sauf en ce qui concerne l'Algérie depuis la loi de 1889 qui y est applicable, la naturalisation confère à

(1) Rapport de M. Delangle au Sénat, au sujet du sénatus-consulte du 14 juillet 1865.

l'étranger tous les droits d'un citoyen français d'origine, sans condition ultérieure d'un stage supplémentaire. Par conséquent, un étranger naturalisé en Nouvelle-Calédonie, dans l'Indo-Chine, en Tunisie, en Cochinchine, deviendra immédiatement électeur et éligible en France, tandis qu'un étranger naturalisé en France ne deviendra éligible, ainsi que nous le verrons bientôt, qu'après 10 ans de résidence! On comprendrait, à la rigueur, la situation inverse, un étranger naturalisé dans les colonies prénommées n'offrant pas les mêmes garanties qu'un étranger naturalisé en France. Cela témoigne du peu de réflexion et de l'esprit étroit qui a présidé à l'élaboration de la loi de 1889.

D'un autre côté, la législation qui concerne les natifs de l'Inde, les indigènes algériens musulmans ou israélites, les indigènes annamites et tonkinois, a pour but d'absorber toutes ces populations dans la nationalité française. Ce résultat ne sera jamais réellement obtenu que pour les individualités qui auront véritablement oublié leur origine hindoue, juive ou arabe. Pour la masse il ne pourra jamais y avoir qu'une assimilation purement administrative. C'est ainsi que les israélites ont partout conservé leurs traditions, leurs espérances, leurs croyances communes, c'est-à-dire tout ce qui constitue leur nationalité. C'est pour ce motif qu'aujourd'hui encore, même dans les pays où ils ont été complétement assimilés aux nationaux d'origine, ils semblent, sans le vouloir, constituer dans la nation une nation étrangère. Une telle situation ne présente aucun danger dans la métropole; elle pourrait en présenter dans une colonie.

250. Les possessions françaises dont nous venons de parler ont pour origine une occupation ancienne, reconnue par les traités, ou l'application pure et simple du droit de conquête. Mais il peut arriver que le territoire français augmente d'étendue par l'effet d'une *annexion* amiable. Dans ce cas les naturels de la portion annexée perdent leur nationalité pour

acquérir la nationalité française. Sont en général considérés comme naturels du pays annexé, les individus qui en ont acquis la nationalité par leur naissance dans le pays, quoique établis ailleurs au moment de l'annexion (1) et les étrangers naturalisés dans le pays, mais non les étrangers simplement résidants ou domiciliés (2). Mais, d'après le droit des gens l'annexion doit être approuvée et ratifiée par le suffrage des intéressés, et un *droit d'option* est réservé à la minorité dissidente. Ce droit d'option conserve aux individus nés et domiciliés dans le territoire cédé, la possibilité de se soustraire à la nationalité du pays annexant en conservant la nationalité du pays démembré.

L'annexion peut se produire à l'occasion d'un territoire colonial ou d'un territoire continental.

251. En vertu d'un traité conclu le 10 août 1877 entre la France et la Suède, l'île Saint-Barthélemy a été rétrocédée à la France.

Par suite de ce traité les sujets suédois *domiciliés* dans l'île sont devenus français. L'origine n'est pas prise en considération.

Ils ont pu cependant conserver la nationalité suédoise moyennant une *déclaration* faite devant l'autorité de l'île, dans l'année à dater du jour de la prise de possession. Les mineurs ont pour opter, une année à partir de leur majorité telle qu'elle est fixée par la loi française. Au point de vue politique, administratif et judiciaire, l'île Saint-Barthélemy est rattachée à la Guadeloupe; en conséquence les lois, règlements et arrêtés publiés ou promulgués à la Guadeloupe ont eu force et vigueur à Saint-Barthélemy depuis l'installation de la souveraineté française (3).

(1) Cass. 12 juin 1874, S. 78, 1, 45.
(2) Paris, 25 juillet 1874, S. 75, 2, 225.
(3) V. L. 12 mars 1878.

252. Le traité de Turin du 24 mars 1860 a consacré au profit de la France l'annexion de la Savoie et du comté de Nice, moyennant l'assentiment des populations intéressées.

Aux termes de ce traité : « Les sujets sardes, originaires de la Savoie et de l'arrondissement de Nice, ou domiciliés actuellement dans ces provinces (art. 6) » sont de plein droit devenus français. Le traité tient donc compte, indistinctement, soit de l'origine, soit du domicile. Mais on admet que le traité ne concernait pas les sujets sardes mineurs, nés fortuitement en Savoie ou à Nice de parents non établis dans ce pays à l'époque de la naissance (1). D'après la jurisprudence, le sort des enfants mineurs compris dans l'annexion est lié au parti adopté par leurs parents ; ils n'ont pas la faculté de faire une option spéciale et distincte à quelque époque que ce soit, à moins qu'ils ne soient parvenus à la majorité pendant le délai d'un an imparti par le traité (2). Mais cette solution paraît excessive ; le droit d'option doit être considéré comme attaché à la personne, et être réservé aux mineurs pour son exercice définitif à partir du jour de leur majorité.

Le décret du 24 mars 1860 rendait français de plein droit les sujets sardes qui, au 30 mars, jour de la ratification, avaient déjà leur domicile en Savoie et dans l'arrondissement de Nice. Mais postérieurement à cette date, des sujets sardes habitant des localités voisines des territoires cédés, ont pu avoir quelque intérêt à y transporter leur domicile. On a voulu les attirer en leur offrant une naturalisation plus facile, en les dispensant du stage et des formalités exigés par le droit commun. Telle est la portée probable de l'art. 1er d'un décret du 30 juin 1860 ainsi conçu : « Les sujets sardes

(1) Voy. Rouquier, *Revue pratique*, 1862, p. 282.

(2) Chambéry, 22 déc. 1862, D. 63, 2, 97; — Aix, 16 mai 1865, S. 65, 2, 269; Chambéry, 4 mai 1875, S. 75, 2, 230.

majeurs et dont le domicile est établi dans les territoires réunis à la France par le traité du 24 mars 1860, pourront, pendant le cours d'une année à partir des présentes, réclamer la qualité de Français. »

L'art. 6 du traité déclarait français de plein droit tous les sujets sardes originaires de la Savoie ou de Nice, sans distinction entre les majeurs et les mineurs. Or l'art. 2 du décret du 30 juin 1860 est venu décider que : « Les sujets sardes encore mineurs, nés en Savoie et dans l'arrondissement de Nice, pourront, dans l'année qui suivra l'époque de leur majorité, réclamer la qualité de Français en se conformant à l'art. 9 du Code civil. » N'y a-t-il pas antinomie, les mineurs dont il s'agit n'étaient-ils pas déjà Français? — Pour trouver un sens utile à ce décret, on a imaginé de dire que l'art. 2 vise seulement les enfants nés accidentellement en Savoie ou à Nice et encore mineurs au moment de l'annexion. Cela est possible mais divinatoire. Les deux articles du décret du 30 juin 1860 sont inintelligibles, et le temps employé à en rechercher le véritable sens serait évidemment perdu.

253. L'annexion des communes de Menton et de Roquebrune, en vertu du traité du 2 février 1861, et la rectification de frontières qui eut lieu dans la vallée de Dappes en vertu du traité du 8 décembre 1862, ont également entrainé pour les originaires des territoires ainsi cédés l'acquisition de la nationalité française, d'après des règles analogues à celles qui ont été ci-dessus exposées.

§ 5. — Effets de la naturalisation.

254. — Naturalisation *ordinaire*, et *extraordinaire; grande* naturalisation.
255. — Grande naturalisation mal à propos rétablie par la loi du 27 juin 1889.
256. — La naturalisation n'a pas d'effet rétroactif.
257. — Situation des naturalisés à l'égard de leur pays d'origine.

254. La naturalisation devrait avoir pour effet naturel et

nécessaire la complète assimilation des naturalisés aux Français d'origine. Cependant, sous la Restauration, l'ordonnance du 4 juin 1814 décida qu'un étranger naturalisé ne serait apte à siéger à la Chambre des pairs ou à celle des députés qu'autant qu'il aurait obtenu, pour d'importants services rendus à l'Etat, des lettres de grande naturalisation vérifiées dans les deux Chambres.

La loi du 3 décembre 1849 distingua plus tard trois sortes de naturalisation : la naturalisation *ordinaire*, la naturalisation *extraordinaire*, ne différant entre elles que par la durée du stage, mais ne rendant pas le naturalisé éligible aux assemblées législatives, et la *grande naturalisation* dérivant d'une loi et conférant l'éligibilité.

255. La loi de 1867 supprima avec raison la *grande naturalisation;* tout étranger naturalisé eut de plein droit l'aptitude à siéger dans les assemblées législatives.

La *grande naturalisation* se trouve, sous une forme nouvelle et qui n'est pas heureuse, reproduite par la loi de 1889 dont l'art. 3 § 1 est ainsi conçu :

« L'étranger naturalisé jouit de tous les droits civils et politiques attachés à la qualité de citoyens français. Néanmoins il n'est éligible aux assemblées législatives que dix ans après le décret de naturalisation à moins qu'une loi spéciale n'abrège ce délai. Le délai pourra être réduit à une année. »

La restriction formulée par la disposition qui précède, est injustifiable dans un système qui impose comme condition préalable à la naturalisation un stage de 10 ans ou de 3 ans, et une enquête administrative. Elle est la conséquence de préoccupations étroites et mesquines, et de nature à éloigner de la France beaucoup de sympathies. Elle a en outre pour résultat la création d'une catégorie de demi-citoyens électeurs mais non éligibles, — absolument comme les natifs de l'Inde demeurés fidèles à la loi de Manou.

Au point de vue militaire, les naturalisés sont appelés sous

les drapeaux avec la classe dont ils feraient partie s'ils étaient nés Français, et sont soumis au service que doivent encore les Français de naissance appartenant à cette classe (L. 15 juillet 1889, art. 12).

256. Nous avons eu déjà l'occasion de remarquer (n° 150) que celui qui change de nationalité se trouve, à l'égard de ceux qui ont été antérieurement en rapport de droit avec lui, dans la même condition où se trouvent les uns à l'égard des autres, des individus ayant eu des relations légales sous l'empire d'une loi qui, depuis, a été changée. Cela revient à dire qu'une naturalisation acquise n'a pas d'effet rétroactif et ne saurait porter atteinte aux droits acquis.

Enfin, à partir du jour de la promulgation du décret de naturalisation, le naturalisé doit être traité comme un Français d'origine, il ne peut être expulsé et peut invoquer la protection de la France.

257. Mais quelle sera la situation du naturalisé à l'égard de son pays d'origine? Aura-t-il perdu sa nationalité dans sa première patrie? Rationnellement il devrait toujours en être ainsi. Mais cette solution n'est admise que dans certains pays (Angleterre, Belgique, Luxembourg, Monaco, Italie, Pays-Bas, Suède, Norvège, Espagne, Colombie, Brésil, Uruguay).

Quelques nations admettent au contraire que la nationalité de leurs ressortissants ne peut jamais être perdue par eux, même dans le cas d'une naturalisation en pays étranger (République Argentine, Vénézuéla). La Russie et les États-unis admettent la même règle en principe, mais tempérée par des exceptions.

Enfin les autres pays reconnaissent que leurs ressortissants peuvent dans certains cas perdre leur nationalité, mais non par l'effet immédiat d'une naturalisation obtenue en pays étranger (Allemagne, Autriche et Hongrie, Danemark, Suisse, Turquie, Maroc, Chine).

§ 6. — Français par l'effet de la loi.

258. — Principe général.
259. — I. Enfants d'étrangers nés en France, mais n'y étant pas domiciliés à l'époque de leur majorité, art. 9.
260. — Leur condition avant l'âge de vingt-et-un ans.
261. — Des déclarations d'option faites par eux ou en leur nom; pièces à produire.
262. — II. Enfants issus de parents ayant perdu la qualité de Français, art. 10.
263. — Enfants et petits-enfants d'individus devenus français par l'annexion de leur pays, et redevenus étrangers par la séparation de ce même pays.
264. — Descendants des religionnaires français.
265. — III. De l'étrangère ayant épousé un Français, ou un étranger se faisant plus tard naturaliser français.
266. — Condition des enfants mineurs dans ce dernier cas.
266 *bis*. — Règles générales sur la preuve de la nationalité.

258. La naturalisation est un moyen d'acquérir la qualité de Français par l'effet d'une faveur que le gouvernement est libre d'accorder ou de refuser. Dans certains cas, un individu réellement étranger pourra devenir français de plein droit, par le seul effet de la loi, en établissant qu'il remplit certaines conditions déterminées. C'est un retour au système adopté par les lois de la Révolution (n° 233) et qu'on n'aurait pas dû abandonner.

Peuvent réclamer la qualité de Français à titre de droit, et en vertu du seul effet de la loi, en remplissant les formalités exigées :

1° Les enfants nés de parents étrangers sur le sol français, mais n'y étant pas domiciliés à l'époque de leur majorité;

2° Les enfants nés en France ou à l'étranger de parents ayant perdu la qualité de Français;

3° La femme étrangère qui a épousé un Français.

259. I. En ce qui touche les premiers, la loi de 1889 a ainsi modifié l'art. 9 du C. C. :

ART. 9. Tout individu né en France d'un étranger et qui n'y est pas domicilié à l'époque de sa majorité pourra, jusqu'à l'âge de vingt-deux ans accomplis, faire sa soumission de fixer en France son domicile, et s'il l'y établit dans l'année à compter de l'acte de soumission, réclamer la qualité de Français par une déclaration qui sera enregistrée au ministère de la justice.

S'il est âgé de moins de vingt-et-un an accomplis, la déclaration sera faite en son nom par son père; en cas de décès, par sa mère; en cas de décès du père et de la mère, ou de leur exclusion de la tutelle, ou dans les cas prévus par les art. 141, 142 et 143 du Code civil, par le tuteur autorisé par délibération du conseil de famille.

Il devient également français si, ayant été porté sur le tableau de recensement, il prend part aux opérations de recrutement sans opposer son extranéité.

Le § 1er de cette disposition doit être rapproché de l'art. 8, n° 4 dont il forme le complément. L'art. 8, n° 4, déclare Français, sauf la faculté d'une option contraire, l'individu né en France d'un étranger, mais qui est domicilié sur le territoire français à l'époque de sa majorité.

C'est le même individu, né en France d'un étranger, que notre art. 9, § 1, déclare étranger si, à la même époque de sa majorité, il n'est pas domicilié en France. Seulement il peut réclamer, jusqu'à vingt-deux ans accomplis, la qualité de Français, en faisant les soumissions et déclarations prescrites par la loi.

D'après l'ancien art. 9 du Code civil, l'enfant né en France d'un étranger pouvait toujours réclamer la qualité de Français *dans l'année de sa majorité*. Mais on se demandait à quelle majorité se référait cet art. 9; s'agissait-il de la majorité telle qu'elle est fixée par la loi française, ou telle qu'elle est fixée par la loi personnelle du réclamant? On sait combien la question était controversée. La Cour de cassation avait admis que l'art. 9 visait la majorité fixée par la loi française. « S'il est vrai, disait la Cour suprême, que l'état et la capacité des étrangers sont régis, même en France, par la loi de leur pays, cette règle est inapplicable au cas prévu par l'art. 9 où il s'agit d'un individu qu'on ne saurait réputer, ni *absolument français*, ni *absolument étranger*, parce qu'il lui suffit de réclamer

la qualité de Français pour en jouir définitivement (1). » La loi ne connaît que des Français et des étrangers, et non des êtres hybrides qui ne sont *absolument* ni l'un ni l'autre. L'individu qui n'est pas absolument Français n'est pas Français, voilà la vérité. Mais au point de vue des règles sur l'acquisition de la qualité de Français, la loi française doit admettre tous les étrangers remplissant les conditions voulues à en invoquer le bénéfice jusqu'à un âge déterminé, qui pourra être celui de la majorité française, sans se préoccuper de la manière dont la majorité a été fixée dans les autres pays. C'est ce qu'a fait la loi de 1889, qui a ainsi mis fin à la controverse dont nous venons de parler.

Ainsi donc, pour savoir quelle est la nationalité d'un individu né en France d'un étranger, il faut en principe attendre l'époque de sa majorité. Si à cette époque il est domicilié en France, il sera Français, d'après l'art. 8, n° 4, sauf à décliner cette qualité; si à cette époque, il n'est pas domicilié en France, il sera étranger d'après l'art. 9, § 1, sauf à réclamer la qualité de Français.

260. Mais quelle sera sa condition durant sa minorité, avant qu'il ait atteint l'âge de vingt-et-un an accomplis (2)? Il est certain que cet individu est étranger; il ne sera Français qu'à l'époque de sa majorité, s'il est, à cette époque, domicilié en France, ou dans le cas contraire qu'à partir du moment où il se sera conformé à l'art. 9, § 1, c'est-à-dire à une époque postérieure à sa majorité. Par conséquent cet individu se trouvera, en fait, écarté des écoles spéciales du gouvernement et des diverses carrières publiques soumises à la loi du concours et de la limite d'âge, puisque cette limite d'âge va rarement au delà de la majorité. On a vu,

(1) Cass. 20 juin 1888, D. 1, 281.

(2) Voir dissert. précitée de M. Audinet, *Revue critique*, 1891, p. 34 et suiv.

dans une telle situation, « une *inconséquence* doublée d'une *iniquité* ». On a trouvé que cette situation « rompait dès le premier jour l'égalité qui doit exister, au point de vue de l'aptitude aux emplois, entre le Français de naissance et le Français par le bienfait de la loi (1). » On a donc autorisé cet individu à faire sa déclaration d'option, en état de minorité, par l'intermédiaire de ses représentants légaux.

Tout cela est fort contestable : il est certain que l'enfant né en France d'un étranger n'est pas Français, et ne peut devenir Français qu'au moment où il pourra manifester une volonté à cet égard. Jusqu'à ce moment il pourra donc y avoir certaines différences de condition entre lui et un Français d'origine. Or, les différences qui sont la conséquence nécessaire d'une situation ne peuvent être des *inconséquences*. D'un autre côté, la loi francaise ne doit rien à cet étranger, elle fait déjà beaucoup pour lui en lui facilitant l'acquisition de la nationalité française. Si donc cet individu ne peut devenir Français qu'à une époque où il a dépassé l'âge voulu pour entrer dans certaines écoles, il ne saurait être considéré comme ayant été atteint dans son *droit;* il n'est donc pas victime d'une *iniquité*.

Quoi qu'il en soit, le législateur de 1889 obéissant aux préoccupations dont nous venons de parler, et qui avaient déjà inspiré les lois du 16 octobre 1874 et du 28 juin 1883, a décidé que la déclaration pourra être faite au nom du mineur par ses père et mère ou autres représentants légaux. La loi du 28 juin 1883, statuant dans le même ordre d'idées portait : « Cette déclaration ne peut être faite qu'avec le consentement exprès et spécial du père ; à défaut du père, de la mère, et, à défaut du père et de la mère, avec l'autorisation de la famille *conformément au statut personnel.* » Ce respect du *statut personnel* a disparu de la loi nouvelle qui décide que

(1) Voy. *Annuaire de la Soc. de lég. comp.*, 1890, p. 128, note.

la déclaration sera faite au nom du mineur « par son père; en cas de décès par sa mère; en cas de décès du père et de la mère ou de leur exclusion de la tutelle, ou dans les cas prévus par les art. 141, 142 et 143 du Code civil, par le tuteur autorisé par délibération du conseil de famille. » Le mineur étranger est donc traité comme s'il était déjà Français et régi par les dispositions de la loi française. Les rédacteurs de la loi de 1889 ont sans doute compté sur la jurisprudence qui, tout en reconnaissant l'incompétence des tribunaux français pour tout ce qui concerne la tutelle des mineurs étrangers, admet néanmoins que les tribunaux français ont le devoir de protéger les intérêts des mineurs étrangers demeurant en France (1).

Ainsi donc, grâce à la sollicitude excessive du législateur, des mineurs étrangers pourront entrer dans les écoles du gouvernement, en vertu d'une déclaration faite en leur nom, mais qui ne saurait les lier. Il est certain, en effet, que la nationalité formant une partie essentielle de l'état de l'enfant, l'enfant ne peut en être dépouillé durant sa minorité, par aucune déclaration de son père, ou de son tuteur, ou d'un représentant quelconque. Par conséquent, après avoir profité durant plusieurs années de l'enseignement que la loi française a voulu réserver aux seuls Français, on pourra voir l'individu dont nous parlons, décliner la nationalité française! Ce résultat n'a rien de chimérique, il a été prévu, il a même paru tout à fait naturel : « La naturalisation, après tout, disait M. Batbie dans son rapport supplémentaire au Sénat, n'est pas un acte irréparable; et en supposant que la famille se fut trompée, l'enfant devenu majeur, s'il avait trop de regrets du choix qui a été fait pour lui, pourrait revenir à sa patrie d'origine. Ces changements multipliés ne seraient sans doute pas sans inconvénients; mais peut-on

(1) Voy. Besançon, 30 nov. 1887, S. 90, 2, 59.

les comparer avec la perte irréparable d'une carrière que le mineur serait condamné à subir, si nous ne donnions pas à la famille un pouvoir d'appréciation et une suffisante autorité (1)!! »

261. La déclaration qui doit être faite par le fils d'étranger ou en son nom ne peut être remplacée par aucun équipollent. La loi de 1889 n'admet qu'un seul cas d'option tacite, celle qui résulte du fait qu'un fils d'étranger né sur le territoire français aurait participé aux opérations du recrutement en France sans se prévaloir de son extranéité. C'est là une innovation. La législation antérieure n'admettait pas d'option tacite. L'engagement dans les armées françaises ne pouvait tenir lieu de la déclaration prescrite par l'ancien art. 9, et n'avait d'autre effet que de permettre à l'étranger de se soumettre, à toute époque, à cette formalité, conformément à la loi du 22 mars 1849 (2).

Sous l'empire de la même loi, on décidait que l'individu né en France d'un père étranger qui, même étant encore en état de minorité, a excipé de son extranéité et obtenu sa radiation du tableau de recensement pour le recrutement, ne peut, après l'année qui suit l'époque de sa majorité, réclamer la qualité de Français en vertu de la loi de 1849 (3). Sous l'empire du nouvel art. 9, le fils d'étranger né en France n'étant pas lié par les déclarations faites en son nom durant sa minorité, pourra jusqu'à l'âge de vingt-deux ans accomplis réclamer la qualité de Français en se conformant à la loi.

Le décret du 13 août 1889, portant règlement d'administration publique pour l'exécution de la loi du 26 juin 1889, trace la procédure à observer pour les déclarations nécessaires

(1) Voy. *Annuaire de la Soc. de lég. comp.*, 1890, p. 129, note.

(2) Cass. 8 juillet 1846, D. 46, 1, 263.

(3) Cass. 27 janv. 1869, S. 69, 1, 129 et la note; comp. trib. Lille, 18 mai 1872, S. 72, 2, 114 et les renvois.

soit pour acquérir soit pour répudier la qualité de Français dans les cas prévus par l'art. 8, n° 4 et par l'art. 9.

La déclaration d'option est reçue par le juge de paix du canton dans lequel le fils d'étranger a sa résidence; elle est adressée en double exemplaire sur papier timbré, et peut être faite par procuration spéciale et authentique. Le déclarant est assisté de deux témoins qui certifient son identité, il doit produire à l'appui de sa déclaration toutes les justifications nécessaires, en y joignant son acte de naissance, et, le cas échéant, son acte de mariage et les actes de naissance de ses enfants mineurs, avec la traduction de ces actes, s'ils sont en langue étrangère (art. 6 du décret précité). Les deux exemplaires de la déclaration et les pièces justificatives sont immédiatement adressés par le juge de paix au procureur de la République, qui les transmet, sans délai, au ministre de la justice (art. 7). La déclaration est inscrite à la Chancellerie sur un registre spécial; l'un des exemplaires est déposé dans les archives, l'autre renvoyé à l'intéressé avec la mention de l'enregistrement. La déclaration enregistrée prend date du jour de la réception par le juge de paix (art. 8). Les modèles auxquels doivent se conformer les juges de paix pour la rédaction des déclarations de nationalité, se trouvent annexés à une circulaire du ministre de la justice aux procureurs généraux du 23 août 1889.

Lorsque l'individu né en France d'un étranger et domicilié hors de France à l'époque de sa majorité, veut faire sa soumission de fixer en France son domicile dans les conditions prévues par l'art. 9, l'acte de soumission doit être reçu par un des agents diplomatiques ou consulaires de France à l'étranger; il est passé en double exemplaire; l'un est remis à l'intéressé, l'autre est transmis immédiatement au ministre de la justice par voie hiérarchique (art. 9 du décret du 13 août 1889).

262. II. Les enfants issus de parents ayant perdu la qualité

de Français, peuvent aussi réclamer cette qualité à titre de droit, et comme un effet légal. Voici comment a été modifié l'art. 10 du Code civil :

ART. 10. Tout individu né en France ou à l'étranger de parents dont l'un a perdu la qualité de Français pourra réclamer cette qualité à tout âge, aux conditions fixées par l'art. 9, à moins que, domicilié en France et appelé sous les drapeaux, lors de sa majorité, il n'ait revendiqué la qualité d'étranger.

L'ancien art. 10 ne parlait textuellement que de l'enfant *né en pays étranger*, d'un Français ayant perdu cette qualité; d'où la question de savoir si l'individu *né en France* d'un père autrefois Français jouissait également du bénéfice considérable de pouvoir réclamer *à tout âge* la qualité de Français, ou s'il ne pouvait le faire que dans l'année à partir de sa majorité, conformément à l'art. 9. La rédaction nouvelle fait disparaître cette difficulté.

On se demandait encore si le bénéfice de l'art. 10 pouvait être invoqué par l'enfant dont la mère, autrefois Française, avait perdu cette qualité par son mariage avec un étranger. Des divergences s'étaient produites sur ce point dans la jurisprudence et la doctrine (1); elles seront désormais sans objet puisque la loi nouvelle doit profiter à l'enfant dont *l'un des parents* a perdu la qualité de Français. Remarquons enfin que dans le nouveau texte on a substitué au mot *recouvrer* qui était impropre, l'expression plus juste *réclamer*, et qu'on a ajouté la réserve finale qui n'existait pas dans l'ancien.

Il faut encore remarquer que le nouvel art. 10 au lieu de dire que l'enfant pourra *toujours* réclamer la qualité de Français, dit qu'il pourra faire cette réclamation *à tout âge*. Il semblerait donc résulter de cette expression que l'enfant

(1) Dans le sens de la négative, voy. Paris, 30 juillet 1855, D. 56, 2, 277; Cass. belge, 24 fév. 1874, D. 74, 2, 148. En sens contraire voy. les décisions réformées par les arrêts qui précèdent; AUBRY et RAU, t. I, § 70, p. 241; MOURLON, *Revue pratique*, 1858, p. 245; Douai, 29 déc. 1888, J. D. I. P., 1889, p. 654; Douai, 16 avril 1889, D. 90, 2, 57 et la note.

d'un ex-Français est capable, avant l'âge de majorité, d'opter pour la nationalité française. Mais il est manifeste qu'il ne saurait être question que d'une option faite par les représentants du mineur, dans le sens de l'art. 9 § 2 ci-dessus expliqué.

263. Le bénéfice de l'art. 10 peut-il être invoqué par l'enfant de celui qui n'étant pas Français de race, n'est devenu Français que par la réunion de son pays à la France, et a cessé de l'être par la séparation ultérieure de ce pays du territoire français?

La raison de douter vient de ce qu'en pareille hypothèse, le territoire qui, après avoir été réuni temporairement à la France a fait retour à son ancien maître, peut être considéré comme ayant toujours été sous la domination de ce dernier. Cela n'empêche pas que le père n'ait été réellement français, et n'ait ensuite perdu cette qualité. Son fils peut donc se prévaloir de cette circonstance (1). Mais le texte précis de la loi ne le permettrait pas à son petit-fils.

Il est reconnu en effet que l'art. 10 ne saurait s'appliquer qu'aux enfants du premier degré (2). Donc si le fils d'un ci-devant français ne veut pas profiter du bénéfice que lui accorde l'art. 10, les petits-fils ne pourront pas, de leur chef, réclamer ce bénéfice. Mais si le fils le réclame pour lui-même, sa femme et ses enfants pourront en profiter immédiatement.

En effet, nous verrons plus tard que, d'après la loi de 1889, la naturalisation du père entraîne de plein droit celle de ses enfants mineurs (*infrà*, n° 266). Or, l'acquisition de la qualité de Français par le bénéfice de la loi semble devoir produire les mêmes effets que la naturalisation par décret (3). Donc, lorsque le fils d'un ci-devant Français réclame la qualité de

(1) Trib. civ. Hazebrouck, 24 mars 1888, D. 89, 3, 71; Voy. note sous Cass. 7 déc. 1883, D. 84, 1, 209. Voy. encore Douai, 3 juillet 1890, S. 90, 2, 220 et la note.

(2) Laurent, t. I, n° 345.

(3) Voy. Chausse, *Revue critique*, 1890, p. 386.

Français conformément à l'art. 10, ses enfants mineurs doivent pareillement acquérir de plein droit la nationalité de leur père. — Au contraire, la femme et les enfants majeurs resteront étrangers; mais par argument tiré de l'art. 12, § 2, on pourra les admettre à réclamer, sans condition de stage, la qualité de Français, comme conséquence de la déclaration qu'ils feront dans les termes et sous les conditions de l'art. 9.

264. L'art. 4 de la loi du 27 juin 1889 dispose :

« Les descendants des familles proscrites lors de la révocation de l'édit de Nantes continueront à bénéficier des dispositions de la loi du 15 décembre 1790, mais à la condition d'un décret spécial pour chaque demandeur. Ce décret ne produira d'effet que pour l'avenir. »

D'après la loi de 1790, l'attribution de la nationalité française aux descendants des religionnaires émigrés avait lieu d'une manière collective et par le seul effet de la loi, elle avait de plus un effet rétroactif.

265. III. Après avoir modifié, comme on vient de le voir, les art. 7 à 10 du Code civil, la loi de 1889, suivant l'ordre logique des idées, passe à l'art. 12 relatif à la condition de l'étrangère qui a épousé un Français. Nous renvoyons donc plus loin (nos 271 et suiv.) l'explication de l'art. 11.

Le nouvel art. 12 est ainsi conçu :

ART. 12. L'étrangère qui aura épousé un Français suivra la condition de son mari.

La femme mariée à un étranger qui se fait naturaliser français et les enfants majeurs de l'étranger naturalisé pourront, s'ils le demandent, obtenir la qualité de Français, sans condition de stage, soit par le décret qui confère cette qualité au mari ou au père ou à la mère, soit comme conséquence de la déclaration qu'ils feront dans les termes et sous les conditions de l'art. 9.

Deviennent Français les enfants mineurs d'un père ou d'une mère survivant qui se font naturaliser Français, à moins que dans l'année qui suivra leur majorité, ils ne déclinent cette qualité en se conformant aux dispositions de l'art. 8, § 4 (*).

Lorsqu'un père de famille étranger se fait naturaliser fran-

(*) Art. 12. — GAI., C. 1 § 29, 29 *et seq.*

çais, quelle influence ce fait doit-il produire sur la nationalité de sa femme et de ses enfants?

La naturalisation est personnelle à celui qui l'obtient. Tel est le principe dont il faut règler l'application.

En ce qui concerne la femme étrangère qui épouse un individu français au moment où l'union est contractée, il ne saurait y avoir de difficulté, elle devient Française, et elle le demeurera quand même son mari viendrait à perdre la qualité de Français. Mais lorsque deux étrangers se marient, et que postérieurement le mari devient Français, la femme reste étrangère. Elle conservera donc les avantages pouvant résulter pour elle de la loi sous l'empire de laquelle le mariage aura été contracté (1). Mais elle à la faculté de demander, sans condition de stage, la nationalité française, soit dans le décret qui la confère au mari, soit par une déclaration faite sous les conditions de l'art. 9.

Le même droit est accordé aux enfants majeurs.

266. Quant aux enfants mineurs ils deviennent Français de plein droit, sauf à eux à décliner cette qualité dans l'année de leur majorité en se confornant à l'art. 8, § 4.

Avant la loi de 1889, la condition des enfants était réglée par l'art. 2 de la loi du 7 février 1851 qui les autorisait à réclamer la qualité de Français dans l'année de la naturalisation de leur père, s'ils étaient majeurs à cette époque, et dans l'année de leur majorité s'ils étaient mineurs. La loi du 14 février 1882 permettait en outre aux enfants mineurs d'un étranger naturalisé de contracter un engagement volontaire dans les armées françaises et d'entrer dans les écoles du gouvernement à l'âge fixé par les lois et règlements à la condition de déclarer, avec le consentement exprès et spécial de leur père, de leur mère ou de leur famille, suivant leur statut personnel, leur intention de renoncer à la qualité d'étranger.

(1) Aix, 21 mars 1882, D. 83, 2, 22.

Différemment, la naturalisation de leur père ne pouvait leur profiter (1).

266 *bis*. On peut maintenant comprendre, par tout ce qui précède, que de graves difficultés peuvent quelquefois s'élever sur le point de savoir quelle est la nationalité d'une personne. Nous devons donc nous demander comment se prouve la nationalité française. D'après le Code de 1804 il n'y avait d'autre moyen pour un Français d'origine d'établir sa nationalité, que de prouver sa filiation directe d'un ascendant né en France avant la promulgation du Code civil. Depuis la loi du 7 février 1851, dont le principe a été confirmé par la loi de 1889, la preuve de la nationalité s'est trouvée grandement facilitée. Puisque les fils d'étrangers nés en France sont Français de plein droit après deux générations, il suffira à un individu né en France de prouver qu'il est issu d'une personne qui, elle-même, était née en France. La qualité de Français résultera forcément d'une telle preuve. Mais l'ancienne difficulté de la preuve pourra continuer encore de subsister à l'égard des individus nés à l'étranger. Ils devront prouver qu'ils sont nés d'un Français; ils devront donc établir la nationalité de leur auteur. La nationalité de ce dernier dépendra également de celle de ses propres auteurs. Il pourra donc arriver qu'un Français, pour établir sa qualité, se trouve, aujourd'hui encore, dans la nécessité de remonter jusqu'à un ascendant né en France avant la promulgation du Code. La jurisprudence admet cependant que celui qui invoque la nationalité française, peut prouver sa qualité de Français ou celle de ses auteurs par la possession d'état. Arg. art. 197, 320, 321, C. C.

Les questions de nationalité, comme toutes les questions d'état, sont de la compétence exclusive des tribunaux civils.

(1) Douai, 3 août 1858, D. 58, 2, 218; Toulouse, 27 juillet 1874, S. 76, 2, 149; trib. civ. Seine, 4 fév. 1882, *le Droit*, 17 fév. 1882; Aix, 21 avril 1882, S. 85, 2, 117.

Dans l'ordre des intérêts privés, elles sont débattues avec celui qui conteste la nationalité française, et vis-à-vis de qui il y a intérêt à l'établir. Quand ces questions sont soulevées à propos de l'exercice du droit électoral ou du service militaire, l'instance devra être introduite contre l'État représenté par le préfet du département dans lequel l'intéressé a son domicile. Si l'intéressé n'a pas de domicile en France, on admet que l'action peut être dirigée contre le préfet de la Seine.

En cause d'appel, les questions de nationalité, comme les autres questions d'état, seront jugées en audience solennelle.

Il y aura dérogation aux règles ci-dessus lorsque la question de nationalité sera soulevée, comme question préjudicielle, devant la juridiction criminelle. Ainsi, le tribunal correctionnel saisi d'un délit d'infraction à un arrêté d'expulsion, sera compétent pour statuer sur l'exception de nationalité soulevée par le prévenu (1), et en appel il y sera statué par la chambre correctionnelle.

§ 7. — Condition des étrangers en France.

267. — De leur admission à domicile.
268. — Ils peuvent avoir un domicile en France, sans autorisation spéciale.
269. — Effets de l'admission à domicile quant à la femme et aux enfants.
270. — Formes de la demande d'admission à domicile; pièces à produire.
271. — De l'étranger non admis à domicile.
272. — De la réciprocité diplomatique et de la réciprocité de fait; de la *rétorsion*.
273. — Portée exacte de l'art. 11.
274. — De la distinction entre les droits dérivant du droit naturel ou des gens, et ceux dérivant du droit civil; rejet.

(1) Cass. 7 déc. 1883, D. 84, 1, 209; Lyon, 2 avril 1890, D. 90, 2, 262 et la note.

275. — Autres systèmes; l'art. 11 s'applique uniquement aux droits réservés exclusivement aux Français, les étrangers jouissent de plein droit de tous les autres.
276. — Enumération de ces droits.
277. — De la faculté pour le gouvernement français d'expulser les étrangers; limites résultant des traités.

267. A côté de la naturalisation proprement dite, dont nous venons d'étudier les règles, la théorie du Code civil avait admis une sorte de demi-naturalisation en faveur des étrangers autorisés par le gouvernement à établir leur domicile en France. L'ancien art. 13 leur accordait la jouissance des droits civils tant qu'ils continuaient de résider en France. Les étrangers avaient ainsi le moyen d'arriver individuellement, sans naturalisation et sans le secours d'aucun traité, à la jouissance des droits civils reconnus par la loi française aux seuls Français. Nous verrons que cela se réduit en réalité à fort peu de chose; néanmoins il a paru qu'il y aurait des inconvénients à tolérer l'existence d'un trop grand nombre d'étrangers, ayant sur le sol français la jouissance des mêmes droits civils que les Français eux-mêmes, et ne voulant pas cependant se faire naturaliser Français. En conséquence, l'admission à domicile a changé de caractère; elle aura désormais pour but de préparer la naturalisation de l'étranger. Conformément à ce point de vue nouveau, la loi de 1889 a ainsi modifié l'art. 13 :

Art. 13. L'étranger qui aura été autorisé par décret à fixer son domicile en France y jouira de tous les droits civils.

L'effet de l'autorisation cessera à l'expiration de cinq années, si l'étranger ne demande pas la naturalisation, ou si la demande est rejetée.

En cas de décès avant la naturalisation, l'autorisation et le temps de stage qui a suivi profiteront à la femme et aux enfants qui étaient mineurs au moment du décret d'autorisation.

L'admission à domicile n'est pas indispensable pour obtenir la naturalisation, qui peut être accordée à l'étranger après une résidence non interrompue de dix années, mais elle la facilite singulièrement, puisqu'elle la rend possible après trois

ans (art. 8-5°). D'un autre côté, les effets de l'autorisation de domicile étant temporaires, et ne pouvant dépasser cinq années, l'étranger autorisé aura intérêt à solliciter sa naturalisation. Pour établir à ce sujet une règle uniforme à l'égard de tous les citoyens, une *disposition transitoire* de la loi de 1889 porte : « Toute admission à domicile obtenue antérieurement à la présente loi sera périmée si, dans un délai de cinq années à compter de la promulgation, elle n'a pas été suivie d'une demande en naturalisation, ou si la demande en naturalisation a été rejetée. »

268. L'art. 13 nouveau, comme l'art. 13 ancien, a uniquement pour objet de déterminer dans quelle mesure et sous quelles conditions il convient d'accorder aux étrangers la jouissance des droits civils en France. Il n'a pas pour but, et ne pouvait avoir pour but de régler le domicile de l'étranger; c'est la loi nationale de ce dernier qui seule peut régler ce point.

Aussi la question de savoir si un étranger peut avoir son domicile en France, semble absolument oiseuse. Elle a donné lieu cependant à certaines controverses :

Les uns ont soutenu que l'étranger ne pouvait jamais avoir en France un véritable domicile, même dans le cas où il a été autorisé à l'y établir.

D'autres enseignent que l'étranger peut avoir un domicile en France, mais seulement dans le cas de l'art. 13 (1). C'est méconnaître ouvertement le but et la signification de l'art. 13, et porter la question sur un terrain qui n'est pas le sien.

Nous pensons au contraire que l'étranger peut avoir un domicile en France dans tous les cas, même lorsqu'il n'a pas demandé l'autorisation du gouvernement.

(1) V. dans DEMOLOMBE, t. I, n° 268, les divers systèmes et autorités à l'appui.

Le domicile doit toujours être au lieu où une personne a son principal établissement. Or, l'étranger peut avoir son principal établissement en France, si la loi de son pays le lui permet. La loi française ne le lui défend certainement pas, et n'aurait aucun motif pour le lui défendre. L'objection tirée de ce que l'art. 102 porte : le domicile de *tout Français*, quant à l'exercice de ses droits civils...., ne présente rien de sérieux, car ces expressions n'ont aucunement pour but d'exclure les étrangers, mais seulement d'indiquer qu'il n'est pas question du domicile politique. Le législateur lui-même s'est d'ailleurs prononcé d'une façon catégorique ; la loi du 23 août 1871 s'occupe en effet, pour établir les droits de mutation par décès, de la « succession d'un étranger domicilié en France *avec* ou *sans autorisation.* »

Il est donc certain qu'un étranger peut avoir son domicile en France, alors même qu'il n'a demandé au gouvernement aucune espèce d'autorisation. Quand l'étranger a obtenu l'autorisation du gouvernement, on dit qu'il a un *domicile légal;* lorsqu'il n'a pas eu cette autorisation, on dit qu'il a un *domicile de fait.* La jurisprudence a consacré en même temps cette terminologie et la doctrine dont elle est l'expression : « L'autorisation du gouvernement, a dit la Cour de cassation, ne s'impose pas à l'étranger comme une condition préalable à l'établissement de son domicile en France, mais comme un moyen d'assurer les effets de cet établissement relativement aux droits civils dont il veut se procurer la jouissance. — Aucune loi ne s'oppose à ce qu'un étranger fixé en France sans avoir obtenu cette autorisation y acquière et y conserve un *domicile de fait* entraînant certaines conséquences, telles que de le soumettre à la juridiction des tribunaux français, et de déterminer la compétence du juge qui devra connaître, après son décès, de la succession qu'il laissera en France (1). »

(1) Cass. 7 juillet 1874, S. 75, 1, 19; comp. Cass. 22 juillet 1886, S. 87, 1, 69.

Cette jurisprudence est aujourd'hui généralement suivie par les tribunaux (1).

269. L'admission à domicile est une mesure purement individuelle qui par conséquent ne saurait virtuellement s'étendre à la femme ni aux enfants. La concession partielle de la jouissance des droits civils qui en constitue l'essence, a un caractère individuel, ainsi que l'enquête administrative qui précède le décret, laquelle ne porte que sur la situation personnelle du postulant. Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que la femme s'associe à la demande de son conjoint. Mais il est indispensable qu'elle manifeste personnellement sa volonté. Le § 3 de notre article 13 confirme cette opinion qui a été exprimée par le rapporteur à la Chambre des députés. En décidant qu'au cas de décès avant la naturalisation, l'autorisation et le temps de stage qui a suivi profiteront à la femme (et aux enfants mineurs) le législateur a entendu rejeter l'effet collectif de l'admission à domicile (2).

La difficulté qui s'était déjà produite avant la loi de 1889 (3), devrait donc, ce semble être aplanie. Il y a cependant quelques hésitations dans la jurisprudence, et la Cour de Paris a admis que la femme pouvait se prévaloir du décret d'autorisation obtenu par son mari pour invoquer une hypothèque légale sur les immeubles de ce dernier situés en France, *alors du moins qu'elle justifie avoir elle-même fréquemment résidé en France avec son mari* (4). Mais quel

(1) Trib. civ. Marseille, 26 janv. 1889, *Gaz. Pal.*, 89, *supp.*, 66; trib. comm. Marseille, 6 fév. 1889, *Rec. de Marseille*, 89, 1, 155; trib. comm. Havre, 19 mars 1889, *Rec. du Havre*, 89, 1, 127; comp. Paris, 12 juillet 1889, *la Loi*, 89, 19 sept.; trib. comm. Bordeaux, 13 oct. 1888, *Gaz. Pal.*, 88, *supp.*, 87. *Contrà*, Besançon, 30 nov. 1887, S. 90, 2, 59.

(2) Voy. Chausse, *Revue critique*, 1890, p. 392.

(3) Voy. Aubry et Rau, t. I, p. 313, note 20; Laurent, I, n° 457.

(4) Paris, 13 août 1889, *le Droit*, 89, 20 oct.

rapport peut-il y avoir entre la question posée et un tel motif?

Enfin, il convient de remarquer que l'étranger admis, en vertu de l'art. 13, à jouir des droits civils, ne pourra en bénéficier que dans les limites de sa capacité telle qu'elle est fixée par la loi de son pays, toujours applicable à ce point de vue, et non telle qu'elle résulte de la loi française (1), à moins que, d'après son statut national, sa capacité doive être déterminée par la loi de son domicile (V. ci-dessus, n° 140).

270. L'étranger qui veut obtenir l'autorisation de fixer son domicile en France, conformément à l'art. 13, en vue de solliciter ultérieurement la naturalisation, doit adresser au ministre de la justice une demande rédigée sur papier timbré, accompagnée de son acte de naissance et de celui de son père, de la traduction de ces actes s'ils sont en langue étrangère, ainsi que d'un extrait du casier judiciaire français. La demande doit contenir l'engagement d'acquitter les droits de sceau s'élevant à la somme de 175 fr. 25 c. (2). Une nouvelle somme de 175 fr. 25 c. devra être payée, comme on l'a vu plus haut (n° 236), sur la demande en naturalisation.

Les demandes d'admission à domicile et les demandes en naturalisation doivent être appuyées de la production d'un extrait du casier judiciaire. Voici la marche à suivre pour obtenir cet extrait :

La demande d'extrait du casier judiciaire doit être rédigée sur papier timbré et adressée soit au procureur de la République de l'arrondissement d'origine, si le pétitionnaire est né en France, en Corse ou en Algérie, soit au Garde des sceaux, ministre de la justice, s'il est né à l'étranger, en Alsace-Lorraine ou dans les colonies. Cette demande doit

(1) Voy. SURVILLE, *Revue critique*, 1889, p. 479.

(2) Voy. instruction insérée au *Bull. off., du min. de l'intérieur*, 1889, p. 382 et suiv.

présenter le nom du pétitionnaire, ses prénoms, le lieu et la date de sa naissance, les prénoms de son père, les nom et prénoms de sa mère, son domicile, son état civil et de famille et sa profession. Elle doit être signée par lui et accompagnée d'un mandat-poste de 3 fr. 65 c. payable au greffier près le tribunal d'arrondissement du lieu de sa naissance, s'il est né en France, en Corse ou en Algérie, et au greffier près le tribunal d'arrondissement de son domicile s'il est né à l'étranger (1).

L'étranger qui ne réclame pas son admission à domicile, et qui veut simplement établir sa résidence en France, doit se conformer aux décrets des 2 et 27 octobre 1888. Dans le délai de quinze jours à partir de son arrivée, il doit faire une déclaration à la mairie de la commune où il veut fixer sa residence. Cette déclaration doit énoncer : ses nom et prénoms, ceux de ses père et mère ; sa nationalité, le lieu de sa naissance, celui de son dernier domicile, sa profession ou ses moyens d'existence ; le nom, l'âge et la nationalité de sa femme et de ses enfants mineurs lorsqu'il sera accompagné par eux. L'infraction à ces prescriptions peut entraîner l'application des peines de simple police, sans préjudice de l'expulsion du territoire.

271. L'admission d'un étranger à établir son domicile en France, n'est en réalité, comme nous venons de le voir, que son admission temporaire à la jouissance des droits civils. Quelle est donc, en France, la condition d'un étranger qui n'a pas été admis à domicile ?

Une telle question ne saurait être envisagée aujourd'hui avec l'esprit étroit et exclusif qui dominait autrefois.

Théoriquement, il devrait, dans chaque Etat, y avoir égalité complète entre l'étranger et l'indigène pour ce qui concerne la jouissance des droits civils, l'étranger devant être

(1) *Ibid.*

exclu seulement des droits politiques. Cette vérité est tellement incontestable que certains auteurs modernes la considèrent comme un axiome (1). Elle avait déjà été proclamée par le Code de la Convention ; non seulement la raison et la justice sont d'accord pour la reconnaître, mais l'intérêt lui-même ne la repousse pas. Nous verrons, par exemple, que l'Etat français n'a, en réalité, aucune espèce d'intérêt appréciable à refuser aux étrangers la jouissance des droits civils dont ils se trouvent écartés par la combinaison des textes.

C'est l'art. 11 qui est le siège de la matière, et nous en plaçons ici l'explication.

ART. 11. L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra.

272. On voit tout d'abord que cet article consacre un système de réciprocité diplomatique, résultant des traités, et non un système de réciprocité de fait résultant de la législation en vigueur dans les pays étrangers. Le projet de l'art. 11 admettait au contraire un régime fondé sur la réciprocité diplomatique et sur la réciprocité de fait. Le texte primitif portait : *par les lois ou traités*. Le texte défin itif contient seulement le mot *traité*. Cette correction a été intentionnelle ; on a fait valoir que la France ne serait plus maitresse chez elle, si une nation étrangère pouvait faire acquérir en France, à ses sujets, la jouissance des droits civils en concédant sur son territoire ces mêmes droits aux Français par une loi, c'est-à-dire par un acte auquel la France ne participe pas.

Cette considération était en harmonie avec l'esprit rétrograde qui avait déterminé l'insertion dans le Code des articles 726 et 912, privant l'étranger du droit d'acquérir par succession, donation ou testament des biens situés en France. Du moment qu'on avait cru nécessaire d'édicter contre les étrangers de semblables dispositions, il n'était pas possible

(1) BAR, *Das international Privatrecht.*

de les abandonner aux fluctuations d'une réciprocité de fait. Mais l'abrogation des art. 726 et 912 n'a laissé subsister à l'égard des étrangers que des incapacités insignifiantes, de telle sorte qu'une réciprocité de fait ne présenterait plus aujourd'hui d'inconvénients. Du reste le législateur lui-même reconnaît que, de nos jours, il y a lieu de laisser à la réciprocité de fait l'influence qui lui était autrefois refusée. Ainsi, l'art. 9 de la loi du 26 novembre 1873, relative aux marques de fabrique, porte : « Les dispositions des autres lois en vigueur touchant le nom commercial, les marques, dessins ou modèles de fabrique, seront appliquées au profit des étrangers, si dans leur pays *la législation* ou des traités internationaux assurent aux Français les mêmes garanties. »

La réciprocité entre nations provient, dans tous les cas, d'un sentiment de mutuelle bienveillance. Elle ne doit pas être confondue avec la *rétorsion*, qui dérive d'un sentiment tout autre.

La rétorsion est le procédé qui consiste à *retourner* contre les nationaux d'un pays les solutions législatives qui, dans ce pays, ont prévalu contre les étrangers. Une nation ne saurait en effet avoir la prétention d'obtenir, chez les autres, pour ses ressortissants, un traitement meilleur que celui qu'elle accorde chez elle aux étrangers. Par conséquent le meilleur moyen d'assurer aux Français un bon accueil à l'étranger c'est d'assurer aux étrangers la garantie d'un bon accueil en France.

373. Si l'art. 11 était entendu à la lettre, et sans aucune relation avec d'autres dispositions de loi, il signifierait que les étrangers ne peuvent jouir en France des droits civils qu'en vertu des traités internationaux et dans la limite de ces traités. D'où cette double conséquence : vis-à-vis des étrangers appartenant à un pays avec lequel un traité existerait, l'art. 11 voudrait dire simplement que le traité doit être observé, ce qui serait un véritable truïsme ; à l'égard des

étrangers appartenant à un pays avec lequel il n'y aurait pas de traité, l'art. 11 voudrait dire que ces étrangers n'ont en France absolument aucune espèce de droits. Or, cela est manifestement faux; les étrangers jouissent positivement de certains droits civils sans condition de réciprocité, par exemple : du droit de propriété (art. 3); du droit de se marier (arg. art. 170); du droit d'action devant les tribunaux français (arg. art. 15); du droit d'obtenir une concession de mines (L. 21 avril 1810, art. 13).

L'art. 11 fait donc partie d'un système qui reconnaît positivement certains droits civils aux étrangers non admis à domicile. Ces étrangers admis à domicile jouissent de *tous les droits civils* d'après le texte même de l'art. 13. Les étrangers non admis à domicile ne jouissent pas *de tous les droits civils;* ils jouissent seulement de quelques-uns, et sont privés des autres. Mais en vertu d'un traité, ils pourront jouir des droits dont, en principe, ils sont privés. Telle est la portée générale de l'art. 11. Il faut maintenant en déterminer l'application, c'est-à-dire dégager :

1° Les droits civils qui appartiennent à l'étranger non domicilié;

2° Les droits civils qui ne lui appartiennent pas;

3° Mais qui pourront lui appartenir en vertu d'un traité.

274. D'après une opinion qui a rallié un grand nombre d'auteurs, et qui a reçu la consécration de certaines décisions, il faudrait distinguer entre les droits ou facultés dérivant du droit naturel ou des gens, et les droits ou facultés dérivant du droit civil. Les premiers appartiendraient à l'étranger indépendamment de toute concession spéciale; il en serait autrement des seconds (1).

Nous repoussons énergiquement cette distinction surannée, que Valette et Demolombe déclaraient « pleine de vague et

(1) ZACHARIÆ, AUBRY et RAU, t. I, § 78.

d'incertitude » (1). Laurent la déclare fausse (2); Zachariæ lui-même, qui la défendait cependant, reconnaissait qu'elle ouvre un vaste champ à l'arbitraire et qu'elle serait plus conforme aux idées du moyen âge qu'à celles de l'époque actuelle (3). Il est certain cependant, que cette distinction était dominante dans l'ancien droit, et que dans la discussion à laquelle a donné lieu l'art. 11, tous les orateurs s'y sont référé de la manière la plus nette et la plus positive (4). Ils se servaient d'une terminologie qui était alors généralement acceptée. Mais comme chacun entendait et appliquait cette terminologie à sa manière, on ne parvint en définitive à se mettre d'accord que sur l'idée de réciprocité sans trouver une formule pour indiquer quels sont les droits qui appartiennent aux étrangers.

275. Une autre théorie consiste à reconnaître aux étrangers la jouissance des seuls droits civils qui leur sont accordés explicitement ou implicitement par un texte législatif, et à leur refuser tous les autres (5). Dans cette théorie, l'inaptitude aux droits civils est la règle, l'aptitude l'exception.

Enfin, une troisième théorie accorde en principe aux étrangers les mêmes droits civils qu'aux Français; elle ne leur refuse que certains droits exclusivement accordés aux Français par un texte. Dans ce système, l'aptitude aux droits civils est la règle, l'inaptitude l'exception (6). C'est seulement entre ces deux systèmes qu'une discussion sérieuse peut s'élever.

Il faut d'abord éliminer l'art. 8 qui, rapproché de l'art. 7,

(1) V. Demolombe, t. I, n° 240.
(2) T. I, n° 423.
(3) T. I, § 76.
(4) V. Laurent, t. I, n°s 411 et suiv.
(5) Demolombe, t. I, n° 240.
(6) Demangeat, *Hist. de la condition civile des étrangers*, p. 248 et suiv.; Valette, *Explic. somm.*, p. 407 et suiv.

signifie seulement que la jouissance des droits civils est indépendante de la qualité de citoyen, car il suffit d'être Français.

Quand on rédigea l'art. 11 tout le monde était d'accord sur ce point qu'il fallait, en général, accorder les droits civils aux étrangers, à l'exception de certains qui seraient ainsi l'apanage exclusif des Français ; mais que, même pour ces droits exceptionnels, les étrangers en jouiraient lorsque des traités accorderaient ces mêmes droits à un Français dans leur nation. Ainsi donc l'art. 11 envisageait, non pas tous les droits civils en général, mais seulement ceux de ces droits qui, en principe, étaient exclusivement réservés aux Français, et que les étrangers ne pourraient acquérir que par un traité conclu entre leur gouvernement et le gouvernement français ; seulement il aurait fallu compléter l'art. 11 par une énumération de ces droits, or c'est ce qui n'a pas eu lieu.

Voici en effet ce qui se passa. Lorsque le projet fut soumis au tribunat, plusieurs membres de cette assemblée firent remarquer qu'il serait absurde de déclarer qu'en principe les étrangers n'auraient en France aucun droit civil, et que, malgré la généralité des termes de la loi, ce ne pouvait être certainement la pensée du projet. Aussi fut-il formellement demandé que la loi énumérât limitativement quels étaient les droits qu'on entendait réserver aux Français, et dont la jouissance n'appartiendrait aux étrangers qu'en vertu de la réciprocité diplomatique. Grenier répondit : « Les droits dont les étrangers seront privés seront marqués dans les titres du Code qui y auront trait. On ne les oubliera certainement pas lorsqu'il s'agira de la faculté de tester, de la capacité de recevoir par testament, de succéder.... Mais dans un texte où il s'agit seulement de la jouissance des droits civils, cette énumération n'est pas nécessaire. »

Donc, rien de plus clair que le sens de l'art. 11 ; cet article s'applique seulement aux droits réservés aux Français, et qui ne peuvent appartenir aux étrangers qu'en vertu de la réci-

procité diplomatique. Il est donc vrai de dire que l'aptitude est la règle, l'inaptitude l'exception.

Cette démonstration est complétée par la nature du procédé adopté par le Code.

Si le Code avait adopté l'idée que l'inaptitude est la règle et l'aptitude l'exception, il n'aurait jamais eu besoin de dire qu'il refusait tel ou tel droit civil aux étrangers ; il eût suffi qu'il ne le leur eût pas accordé.

Or, il a fait tout le contraire ; il a chaque fois pris soin de déclarer qu'il excluait les étrangers de la jouissance de tel droit ou de tel autre. Qu'est-ce que cela prouve ? qu'il croyait une telle disposition nécessaire, parce que sans cette disposition l'étranger eût joui du droit envisagé.

276. Voyons maintenant quels sont les droits que le Code a refusé aux étrangers.

1° En ce qui concerne les droits que nous avons appelés publics, le Code retire aux étrangers le droit d'acquérir par donation, succession ou legs, ainsi que cela résulte des art. 726 et 912. Mais cette incapacité a été abrogée par la loi du 14 juillet 1819.

2° Les étrangers ne peuvent invoquer la règle de compétence : *actor sequitur forum rei*, art. 14, C. C.

3° Les étrangers demandeurs n'ont pas le libre accès des tribunaux civils ; ils sont soumis à la nécessité de fournir a caution *judicatum solvi*, art. 16, C. C.

4° Ils étaient contraignables par corps dans des cas où les Français ne l'étaient pas, L. 17 avril 1832 ;

5° Ils n'étaient pas admis au bénéfice de cession de biens, art. 905, C. pr. c.

Mais ces deux derniers cas ont disparu par l'effet de la loi du 22 juillet 1867 qui a aboli la contrainte par corps.

6° L'étranger complice d'un fait délictueux qui, à raison de la qualité de l'agent, doit être jugé par l'autorité militaire, ne peut demander son renvoi devant les juges ordinaires,

alors que, dans le même cas, un Français le pourrait, L. 9 juin 1857, art. 71.

7° L'étranger chef de famille, ayant feu dans une commune, n'est admis à l'affouage communal que s'il a été admis à établir son domicile en France, L. 25 juin 1874.

Dans le système qui n'admet les étrangers à jouir en France que des droits qui leur ont été spécialement accordés, on lui refuse deux autres droits.

8° Le droit d'adoption ;

9° Le droit d'être tuteur.

Enfin, la jurisprudence acceptant la vieille distinction entre les droits naturels et les droits civils, refuse à la femme étrangère l'hypothèque légale, considérée comme création du droit civil, sur les immeubles de son mari situés en France (1). Dans le système contraire, ou si l'hypothèque existe en conséquence d'un traité diplomatique, il va de soi que cette hypothèque est soumise à la loi française pour son rang, son mode de conservation et son exercice (2).

Remarquons en outre que les controverses dont nous venons de présenter le résumé laissent de côté les droits résultant pour les étrangers de faits délictueux ; la protection qui leur est due doit faire admettre que lorsqu'ils sont lésés par un délit, ils peuvent saisir les tribunaux correctionnels par voie de citation directe, quand même il n'existerait pas entre leur pays et la France un traité établissant à cet égard une réciprocité diplomatique (3). Pour compléter ce qui concerne la condition des étrangers il faut observer qu'ils ne peuvent pas être témoins dans un acte notarié (L. 25 ventôse an XI,

(1) Paris, 13 août 1889, D. 90, 2, 161 ; Cass. 4 mars 1884, S. 84, 1, 273 et la note.

(2) Cass. 5 nov. 1879, S. 79, 1, 126; l'arrêt attaqué était d'Aix, 8 sept. 1875, S. 76, 2, 134.

(3) Dijon, 13 juillet 1881, S. 84, 2, 3; Cass. 26 août, 1880, S. 81, 1, 96.

art. 980, C. C.), ni remplir les fonctions pour lesquelles la loi exige la qualité de Français; commander, par exemple, les bâtiments français employés au cabotage, en France (1), ou en Algérie (2). Pourraient-ils être nommés arbitres? Il y a eu difficulté à cet égard; aujourd'hui l'affirmative est admise (3).

On voit donc que les divers systèmes en présence aboutissent à peu près aux mêmes conséquences pratiques, et que ces conséquences, depuis l'abrogation des art. 726 et 912, se réduisent à bien peu de chose. Les dissertations sans nombre qui ont été produites sur *la condition des étrangers* nous ont donc présenté un cadre sans proportion avec l'importance du sujet, destiné forcément à disparaître avec les progrès de la législation chez les divers peuples.

277. Mais pour si grands que soient les progrès dont nous venons de parler, pour si étroites que deviennent les relations entre la France et les autres pays, il faudra toujours reconnaître au gouvernement français le droit d'expulser, par mesure de police, les étrangers dont le séjour en France serait de nature à troubler ou à compromettre l'ordre public. Une telle mesure ne saurait donner lieu à aucun recours contentieux (4). Mais l'autorité judiciaire serait compétente, en cas d'infraction à un arrêté d'expulsion, pour apprécier le moyen de défense tiré par un étranger de l'illégalité prétendue de l'arrêté pris contre lui (5).

Les gouvernements étrangers ont naturellement le même droit à l'égard des Français qui séjournent chez eux. Pour

(1) L. 21 sept. 1793, art. 3.

(2) Décr. 16 oct. 1867; 9 juillet 1874, art. 1 et 8.

(3) Cass. 21 nov. 1860, J. P., 61, 732; Paris, 11 janv. 1865, S. 66, 2, 147; Chambéry, 1er déc. 1866, S. 67, 2, 182; Chambéry, 15 mars 1875, S. 76, 2, 85.

(4) Cons. d'État, 8 déc. 1853, S. 54, 2, 409; *contrà*, Labbé, sous Paris, 19 janv. 1876, S. 76, 2, 297.

(5) Cons. d'État, 14 mars 1883, D. 85, 3, 9.

éviter des mesures arbitraires et vexatoires, il est intervenu entre la France et certaines nations étrangères des traités dans lesquels il a été stipulé que le gouvernement territorial ne pourrait expulser les ressortissants de l'autre Etat sans motifs graves communiqués au consul ou à l'agent diplomatique de sa nation, et sans que l'intéressé ait été mis en demeure de présenter ses moyens de justification.

Une convention spéciale dans ce sens est intervenue le 30 mai 1868 (Décr. du 27 juin 1868). entre la France et la Bavière.

Une clause semblable a été insérée dans les *traités d'amitié* intervenus entre la France et certains autres pays tels que :

La Bolivie, traité du 9 décembre 1834, art. 3, § 2 (Ordon. du 26 juillet 1837) ;

L'Equateur, traité du 6 juin 1843, art. 4, § 4 (Ordon. du 28 mars 1845) ;

Le Guatémala, traité du 8 mars 1848, art. 4, § 4 (Loi du 10 mai 1849) ;

Costa-Rica, convention d'accession au traité précédent du 12 mars 1848, art. 4, § 4 (Décr. 22 mars 1850) ;

Le Honduras, traité du 22 février 1856, art. 4, § 4 (Décr. du 17 octobre 1857) ;

Le Nicaragua, traité du 11 avril 1859, art. 4, § 4 (Décr. du 21 janvier 1860) ;

Le Pérou, traité du 9 mars 1861, art. 3, § 3 (Décr. du 26 février 1862) ;

Le Salvador, traité du 2 janvier 1858, art. 5, § 2 (Décr. du 3 mars 1860).

Les nations ayant obtenu par une convention le traitement de la nation la plus favorisée quant à l'ordre d'idées qui nous occupe, peuvent aussi se prévaloir des garanties résultant des conventions précitées ; se trouvent dans ce cas :

L'Allemagne, en vertu du traité de paix du 10 mai 1871, art. 11, § 2 ;

L'Angleterre, en vertu du traité du 28 février 1882, art. 1er (Décr. du 13 mai 1882).

Il n'existe pas, à notre connaissance, de traité qui enlève à la France, d'une manière absolue, le droit d'expulsion, c'est-à-dire qui assimile d'une manière complète les sujets d'une nation étrangère aux Français eux-mêmes qui ne peuvent jamais être expulsés du territoire de la métropole (*infrà*, nº 377). Toutes les conventions diplomatiques conclues avec les puissances étrangères, et paraissant contenir une sorte d'assimilation des étrangers avec les Français doivent être interprétées comme assurant seulement aux étrangers la garantie d'une communication diplomatique préalable à leur expulsion, ou bien comme ayant trait à un autre ordre d'idées.

§ 8. — Condition des étrangers en France (*suite*).

278. — L'étranger peut être traduit devant les tribunaux français, dans tous les cas, en matière personnelle, art. 14.
279. — Champ d'application de l'art. 14.
280. — De la renonciation par le Français à la prérogative résultant de l'art. 14.
281. — Dérogation à l'art. 14 résultant de traités diplomatiques.
282. — Devant quel tribunal français l'action doit être portée.
283. — Les étrangers ont droit d'action devant les tribunaux français contre un Français, art. 15.
284. — Les étrangers demandeurs au civil sont soumis à la nécessité de donner caution *judicatum solvi*, art. 16.
285. — Cas d'exception.
286. — Énumération des divers traités diplomatiques dérogeant à l'art. 16.

278. Les art. 14, 15, et 16 complètent le régime légal auquel sont soumis les étrangers.

La loi française accorde aux étrangers l'exercice du droit de propriété, y compris le droit de succéder, depuis la loi du 14 juillet 1819. Les étrangers peuvent donc, en pareille matière, à l'occasion des immeubles qui leur appartiennent, ou des

successions ouvertes à leur profit, se trouver soumis à des actions appartenant à des Français. La question de savoir devant quel tribunal ces actions devront être portées, ne peut soulever aucune difficulté spéciale. La compétence des tribunaux français sera déterminée par application des règles du droit commun (art. 58, 59, C. pr. c.).

Mais le droit commun devait-il aussi être suivi en *matière personnelle*, c'est-à-dire quand il s'agit, pour un Français, de faire constater à son profit l'existence d'une créance dont un étranger serait tenu? C'est cette situation qui est envisagée par l'art. 14.

ART. 14. L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français.

Cette disposition inspirée par le désir d'assurer aux Français une justice plus rapide, moins coûteuse, et considérée comme meilleure pour eux que celle qu'ils pourraient trouver en pays étranger, ne pouvait avoir d'autre résultat que celui de provoquer chez les étrangers des mesures analogues, au grand détriment des Français. — Ainsi, par exemple, la loi italienne ne contient pas l'équivalent de notre art. 14. Elle admet seulement, par voie de rétorsion, qu'un étranger pourra être cité devant les tribunaux italiens, pour les obligations contractées dans son pays envers un Italien, dans le cas où la loi nationale de cet étranger l'autoriserait, en semblable hypothèse, à assigner un Italien devant les tribunaux de son pays (art. 105, C. pr. civ. ital.). C'est l'application de la maxime : *Patere legem quam ipse tulisti.* Mais comme la loi italienne ne reconnaît pas d'ailleurs une pareille dérogation au principe *actor sequitur forum rei*, il en résulte que les tribunaux italiens refusent toujours l'*exequatur* aux jugements français rendus en vertu de l'art. 14 (1), alors que les

(1) Voy. LACHAU et DAGUIN, *Exéc. des jug. étrang.*, p. 181, note 3.

tribunaux français liés par cet art. 14 doivent logiquement accorder l'*exequatur* aux jugements italiens rendus dans les mêmes conditions (1).

C'est donc avec raison que le projet de révision de notre Code de procédure civile contient une disposition réduisant l'art. 14 du Code civil aux proportions d'une simple règle de réciprocité applicable seulement aux étrangers dont la loi nationale contiendrait une prescription analogue.

279. Quoi qu'il en soit, l'art. 14 doit recevoir son application :

Dans le cas où l'étranger réside en France, comme dans celui où il n'y réside pas; peu importe que l'obligation ait pris naissance en France ou à l'étranger; peu importe que le Français qui se prétend étranger soit établi ou domicilié en France ou à l'étranger.

L'expression *contractée* employée par l'art. 14 n'a pas une portée restrictive quant à l'origine de l'obligation dont un Français poursuit l'exécution; cette obligation peut résulter indifféremment d'un contrat, d'un quasi-contrat; d'un délit ou d'un quasi-délit (2), même commis en pays étranger (3). Peu importe que le Français créancier soit un particulier ou une personne morale. Mais il ne s'agit que des matières personnelles. En matière réelle le droit commun demeure applicable.

L'art. 14 pourra être suivi chaque fois que, dans le patrimoine d'un Français, se trouvera une créance contre un étranger, quelles que soient les circonstances qui auront fait entrer cette créance dans le patrimoine du Français.

(1) Paris, 1er déc. 1879, S. 81, 2, 145.

(2) Limoges, 29 juin 1885, S. 87, 2. 81; conf. Cass. 12 août 1872, S. 72, 1, 323; Caen, 6 juin 1882, S. 84, 2, 138; Besançon, 29 juin 1885, S. 86, 2, 229 avec les notes et les renvois.

(3) Aix, 28 fév. 1889, D. 90, 2, 59; Rennes, 21 déc. 1887, D. 89, 2, 145, et la dissertation y insérée.

Donc, peu importe que le Français demandeur invoque un droit de créance engendré directement à son profit;

Ou recueilli par lui dans la succession d'un étranger (1);

Ou par lui acquis d'un étranger au moyen d'une cession (2).

Dans tous les cas, la raison de la loi existe.

280. Le Français peut valablement renoncer à l'avance au bénéfice que lui accorde l'art. 14, et une telle renonciation peut même quelquefois s'induire des circonstances de la cause (3).

Voici du reste quelques règles générales admises par la jurisprudence sur l'application de l'art. 14, C. C. (4).

1° Le Français doit être considéré comme s'étant soumis à la juridiction des tribunaux étrangers, lorsqu'il existe dans les statuts d'une société étrangère dont il est souscripteur, une clause par laquelle les actionnaires élisent domicile dans une ville étrangère et se reconnaissent justiciables de son tribunal pour toutes les contestations sociales (5).

2° Le Français renonce encore à se prévaloir du bénéfice de l'art. 14, C. C., lorsqu'il est souscripteur d'une société dans les statuts de laquelle une clause compromissoire a été insérée portant que les parties se soumettent à un arbitrage à l'étranger (6).

3° Plusieurs arrêts ont décidé, avec raison selon nous, que

(1) Paris, 12 mai 1882, D. 83, 2, 24.

(2) V. notre *Traité de la cession*, t. II, n°s 409 et 410.

(3) Voy. Cass. 16 mars 1885, D. 86, 1, 103; Cass. 13 fév. 1882, S. 82, 1, 341; Cass. 9 déc. 1878, S. 79, 1, 401; *add.*, Limoges, 29 juin 1885, S, 87, 2, 81, etc.

(4) Voy. LACHAU et DAGUIN, *Exécution des jug. étrangers*, p. 53.

(5) Cass. 24 août 1869, D. 69, 1, 500; Paris, 9 mars 1887, S. 90, 2, 197 et les notes.

(6) Chambéry, 1er déc. 1866, S. 67, 2, 182; *contrà*, Paris, 8 nov. 1865, S. 66, 2, 118; mais il n'y aurait pas renonciation au bénéfice de l'art. 14 dans le seul fait de souscrire des actions d'une société étrangère. Paris, 29 avril 1876, S. 77, 2, 260; Rennes, 26 déc. 1879, S. 81, 2, 81.

le Français qui a accepté la juridiction des tribunaux étrangers, renonce par là même au bénéfice de l'art. 14, et perd le droit de se faire juger par les tribunaux français (1). Nous irons plus loin, et nous dirons que le fait de procéder devant les tribunaux étrangers doit entraîner renonciation à l'art. 14, malgré les réserves contraires insérées dans les actes de la procédure. On ne peut pas, en effet, autoriser le calcul du Français procédant devant les tribunaux étrangers, prêt à accepter leur décision si elle lui est favorable, et prêt à la repousser dans le cas contraire, en vertu des réserves faites.

4° Il a été jugé que le fait de citer un étranger devant un tribunal étranger n'implique pas de la part du Français demandeur l'intention de renoncer à son droit de faire juger son procès par les tribunaux français, par le motif qu'il a pu être nécessaire pour le Français d'agir à l'étranger, là où se trouvaient les biens de son adversaire. Plus tard celui-ci venant à acquérir des biens en France, il semble juste, dit-on, que son créancier puisse le poursuivre, *à nouveau*, devant les magistrats de son pays (2). Cette jurisprudence ne saurait être suivie, si ce n'est en matière de production dans une faillite ; il est inadmissible qu'après avoir inutilement actionné son prétendu débiteur devant ses juges naturels, le demandeur ait la prétention de retrouver intact le droit exorbitant que lui attribuait l'art. 14, et que volontairement il a déserté. Cela est d'autant plus inadmissible que dans la situation inverse, quand il s'agit d'appliquer l'art. 15, les tribunaux français décident que lorsque l'étranger a déjà porté l'action devant les tribunaux de son pays, il ne peut

(1) Douai, 3 avril 1848, D. 48, 2, 187; Paris, 26 juin 1866, Bull. Cour Paris, t. III, 1866, p. 392.

(2) Rouen, 19 juillet 1842, S. 42, 2, 389; Lyon, 1er juin 1872, D. 73, 5, 242.

plus invoquer l'art. 15 pour demander aux tribunaux de France de statuer à nouveau (1).

281. L'art. 14 cessera de recevoir son application, lorsqu'il y aura été formellement dérogé par un traité diplomatique (2). C'est ce qui a eu lieu par les traités conclus entre la France et la Suisse (3).

Les autres traités qui ont réglé la question de l'exécution des jugements étrangers ne contiennent aucune disposition d'où puisse résulter une dérogation à l'art. 14. C'est ce qui a été formellement décidé à propos du traité franco-badois du 16 avril 1846, étendu à l'Alsace-Lorraine par l'art. 18 de la convention du 11 décembre 1871 (4).

282. La loi n'a pas dit devant quel tribunal français doit être portée l'action dirigée contre l'étranger défendeur.

Si ce dernier réside en France, l'action devra être portée devant le tribunal de sa résidence. S'il n'y réside pas et que l'obligation ait été contractée en France, certains auteurs admettent, par argument tiré de l'art. 420, C. pr. c., que l'action devra être portée devant le juge du lieu où elle a été contractée. Mais l'art. 420 n'a en réalité d'application qu'en matière commerciale. Si l'obligation a été contractée en pays étranger, on admet aussi que l'action devra être portée devant le juge du domicile ou de la résidence du Français demandeur (5). Mais cela est arbitraire; tout autre tribunal de France serait, dans ce cas, compétent.

283. Il peut arriver à l'inverse que le Français ait contracté

(1) Jug. Corbeil, 30 nov. 1888, *la Loi*, 15 déc. 1888.

(2) Colmar, 11 déc. 1861, S. 62, 2, 205.

(3) Voy. traités du 30 déc. 1828, art. 3, et du 15 juin 1869, art. 1er (*Officiel*, 2 nov. 1869).

(4) Arrêt précité de la C. de Colmar.

(5) Aix, 28 fév. 1889, *Gaz. Trib.*, 7 mars 1889, et les arrêts cités; D. 90, 2, 59 et la note. Conf. Cass. 4 mars 1885, D. 85, 1, 353.

des obligations envers un étranger. La situation est prévue par l'art. 15 :

ART. 15. Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger.

Cette disposition doit être appliquée même à un Français qui serait l'ayant-cause d'un étranger, lequel aurait pu décliner lui-même la compétence du tribunal français (1). Les étrangers useront de ce droit comme ils croiront devoir le faire, et il a été jugé que lorsque l'étranger a déjà porté l'action devant les tribunaux de son pays, il ne peut plus invoquer l'art. 15 et demander aux tribunaux français de statuer à nouveau (2).

A l'égard du Français, l'art. 15 semble être seulement une confirmation du droit commun prescrivant d'assigner le défendeur devant les juges de son domicile. Les juges de France sont en effet, dit-on, les juges naturels des Français qui, suivant une certaine opinion, ne peuvent acquérir un véritable domicile en pays étranger (3). Ce point de vue est certainement trop étroit. Il est aujourd'hui admis, en droit international, qu'une personne peut avoir son domicile légal hors du territoire de sa patrie. Un Français peut donc, ainsi que nous le démontrons plus loin (n° 370), être domicilié en pays étranger, et par conséquent avoir pour juges naturels des juges étrangers ; mais même dans ce cas il pourra être assigné en France par son créancier étranger, en vertu de l'art. 15.

Le Français pourrait d'ailleurs valablement renoncer soit expressément, soit tacitement au droit d'être exclusivement poursuivi devant les tribunaux français. Cette solution ne soulève plus aujourd'hui de difficulté sérieuse (4).

(1) Pau, 14 fév. 1882, S. 84, 2, 129.

(2) Jug. Corbeil, 30 nov. 1888, *la Loi*, 15 déc. 1888.

(3) DEMOLOMBE, t. I, n° 349.

(4) Paris, 17 fév. 1888, D. 90, 2, 5, note ; Cass. 13 août 1879, D. 81, 1, 85 ; Rennes, 26 déc. 1879, D. 80, 2, 62.

284. En matière civile, l'action de l'étranger demandeur contre un Français est soumise, dans l'intérêt de ce dernier, à une condition particulière :

ART. 16. En toutes matières, autres que celles de commerce, l'étranger qui sera demandeur, sera tenu de donner caution pour le paiement des frais et dommages-intérêts résultant du procès, à moins qu'il ne possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer ce paiement (*).

Cette disposition, que ne justifie aucune bonne raison (1), fait partie de ce régime de suspicion envers les étrangers, si mal à propos organisé pas le législateur français ; elle doit être complétée par les art. 166 et 167, C. pr. c.

L'obligation de fournir la caution dont parle l'art. 16 et qu'on appelle improprement *judicatum solvi*, existe à la charge de tout étranger, qu'il s'agisse d'un simple particulier, d'une personne morale ou d'un souverain ; pourvu qu'il soit demandeur principal ou intervenant, et en toute matière, sauf en matière commerciale. En matière criminelle il a été jugé que l'étranger qui se porte partie civile n'est pas tenu de fournir la caution *judicatum solvi*, même s'il agit par voie de citation directe (2). La Cour de cassation avait donné une solution moins libérale, mais plus conforme au texte de la loi (3).

Mais il faut qu'il s'agisse d'une véritable demande, et non d'une simple poursuite exercée en vertu d'un titre exécutoire.

De ce que le droit d'action n'existe pour les étrangers que sous l'obligation de fournir caution, il suit que la caution est due quelle que soit la nationalité du défendeur (4). Le droit

(*) Art. 16. — GAI., C. IV, § 88, 89, 90; *Inst. Just.*, t. XI, pr. *De satisdationibus.* VATIC. FRAG., § 317. CICÉRON, *Pro Quintio*, nos 7, 8, 13, 20 et 26; *in Verrem*, act. 2, lib. 2, n° 24.

(1) Voy. DURAND, *Essai de dr. intern.*, p. 453.

(2) Dijon, 13 juillet 1881, S. 84, 2, 3.

(3) Cass. 3 fév. 1814 ; 18 fév. 1846, S. 46, 1, 330.

(4) MERLIN, *Rép.*, v° *Caut. jud. solvi ;* — ZACHARIÆ, t. I, p. 166 ;

pour le défendeur d'exiger la caution se traduit par une exception qui doit être proposée *in limine litis* (art. 166, C. pr. c.), ou tout au moins concurremment avec les exceptions d'incompétence et de nullité d'exploit (art. 169 et 173, C. pr. c.), puisque le législateur n'a établi à cet égard aucun ordre positif.

L'exception doit être jugée comme affaire sommaire (1).

285. L'étranger demandeur est dispensé de fournir caution :

1° Quand la matière est commerciale ;

2° Quand il a été autorisé à établir son domicile en France, art. 13, C. C.

3° Quand il possède en France des immeubles suffisants ;

4° Quand il consigne somme suffisante, art. 167, C. pr. c.

5° Quand il y a un traité avec la nation à laquelle il appartient.

286. Ces traités sont nombreux, et viennent atténuer dans la pratique la fâcheuse disposition de l'art. 16.

Le traité du 15 juin 1869 avec la Suisse (2) et celui du 18 juin 1883 avec la Serbie (3) dispensent expressément les sujets respectifs des parties contractantes de fournir caution dans tous les cas.

Les traités avec l'Autriche du 14 mai 1879, art. 3 (4); avec la Belgique, du 22 mars 1870, art. 3 (5) ; avec l'Italie du 19 février 1870, art. 3 (6); avec le Luxembourg du 22 mars 1870 (7), ne dispensent de la caution que ceux qui ont obtenu l'assistance judiciaire.

VALETTE sur PROUDHON, t. I, p. 157; DEMANGEAT, *Cond. des étr.*, p. 400; *contrà*, DEMOLOMBE, t. I, n° 256; AUBRY et RAU, t. VI, p. 307.

(1) *Pand. franc.*, v° *Aff. ord. et somm.*, n° 141.

(2) *Officiel*, 2 nov. 1869.

(3) *Officiel*, 19 juillet 1883.

(4) *Officiel*, 20 mars 1880.

(5) *Officiel*, 14 juin 1870.

(6) Décr. du 7 mai 1870.

(7) Décr. du 7 mai 1870.

Dans quinze autres traités on trouve la clause dite de *libre* et *facile accès*, et généralement conçue de la manière suivante : « Les sujets et citoyens des parties contractantes auront libre et facile accès auprès des tribunaux de justice pour la poursuite de leurs droits en toute instance et à tous les degrés de juridiction établis par la loi. » (Traité franco-péruvien). Il est reconnu qu'un pareil texte a pour résultat de dispenser l'étranger demandeur de fournir la caution *judicatum solvi* (1).

On rencontre un texte semblable dans les traités passés avec les nations suivantes :

La Bolivie, traité du 9 décembre 1834 (2) ;
Le Chili, traité du 15 septembre 1846 (3) ;
Costa-Rica, convention du 12 mars 1848 (4) ;
L'Équateur, traité du 6 juin 1843 (5) ;
L'Espagne, convention du 7 janvier 1862 (6) ;
La Grèce ?
Le Guatémala, traité du 8 mars 1848 (7) ;
Le Honduras, traité du 22 février 1856 (8) ;
La Nouvelle-Grenade, traité du 15 mai 1856 (9) ;
Le Nicaragua, traité du 11 avril 1859 (10) ;
Le Paraguay, traité du 4 mars 1853 (11) ;
Le Pérou, traité du 9 mai 1861 (12) ;

(1) Voy. LACHAU et DAGUIN, *Exéc. des jug. étrang.*, p. 142.
(2) Ord. du 26 juillet 1837.
(3) Décr. du 8 août 1853.
(4) Décr. du 22 mai 1850.
(5) Décr. du 28 mars 1845.
(6) *Officiel*, 27 mars 1862.
(7) L. 10 mai 1849.
(8) *Officiel*, 1er nov. 1857.
(9) *Officiel*, 27 sept. 1857.
(10) *Officiel*, 31 janv. 1860.
(11) *Officiel*, 9 fév. 1854.
(12) *Officiel*, 10 mars 1862.

La Russie, traité du 1er avril 1874 (1);

Saint-Domingue, traité du 8 mai 1852 (2);

Le Salvador, traité du 2 janvier 1858 (3);

Les îles Sandwich, traité du 29 octobre 1856 (4).

D'autres traités stipulent pour les nationaux des parties contractantes, le traitement de la nation la plus favorisée. Les étrangers soumis à ces traités peuvent évidemment invoquer le traitement de la Suisse et de la Serbie. Se trouvent dans ce cas :

L'Allemagne, traité du 10 mai 1871 (5);

L'Angleterre, traité du 28 février 1882 (6);

Libéria, traité du 17-20 avril 1852 (7);

Mascate, 17 novembre 1844 (8).

(1) *Officiel*, 20 juin 1874.
(2) *Officiel*, 7 déc. 1852.
(3) *Officiel*, 10 mars 1860.
(4) *Officiel*, 31 janv. 1859.
(5) *Officiel*, 13 mai 1871.
(6) *Officiel*, 13 et 14 mai 1882.
(7) *Officiel*, 1er nov. 1856.
(8) Ord. du 12 juillet 1846.

CHAPITRE II.

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

SECTION PREMIÈRE.

De la privation des droits civils par la perte de la qualité de Français.

§ 1er. — Perte de la qualité de Français résultant de l'acquisition d'une nationalité étrangère.

287. — Différents cas prévus par l'art. 17.
288. — Cette acquisition doit être volontaire,
289. — Et complète.
290. — Y a-t-il des naturalisations acquises en fraude de la loi?
291. — De l'autorisation du gouvernement dans les cas prévus par l'art. 17.
292. — La qualité de Français après avoir été perdue peut être recouvrée, art. 18.
293. — Condition de la femme française qui a épousé un étranger, art. 19.
294. — L'acquisition ou le recouvrement de la qualité de Français n'a pas d'effet rétroactif, art. 20.
295. — Du Français qui a pris du service militaire à l'étranger, art. 21.
296. — Abrogation des lois antérieures par la loi du 26 juin 1889.
297. — Des individus paraissant avoir deux patries ou n'en ayant aucune.

287. La qualité de Français n'est utile à constater chez un individu qu'à raison des droits dont la jouissance suppose cette qualité. Or, dans certaines circonstances, le législateur peut lui enlever les droits dont il s'agit. On peut dire alors, avec vérité, que cet individu a perdu la qualité de Français, puisqu'il n'y a plus aucun intérêt à vérifier l'existence, dans sa personne, de la nationalité française. La loi de 1889 a modifié comme suit le texte des art. 17 à 21 :

Art. 17. Perdent la qualité de Français :

1° Le Français naturalisé à l'étranger ou celui qui acquiert, sur sa demande, la nationalité étrangère par l'effet de la loi.

S'il est encore soumis aux obligations du service militaire pour l'armée active, la naturalisation à l'étranger ne fera perdre la qualité de Français que si elle a été autorisée par le gouvernement français;

2° Le Français qui a décliné la nationalité française dans les cas prévus au paragraphe 4 de l'art. 8 et aux art. 12 et 18;

3° Le Français qui, ayant accepté des fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger, les conserve nonobstant l'injonction du gouvernement français de les résigner dans un délai déterminé;

4° Le Français qui, sans autorisation du gouvernement, prend du service militaire à l'étranger, sans préjudice des lois pénales contre le Français qui se soustrait aux obligations de la loi militaire (*).

288. L'acquisition volontaire de la qualité d'étranger doit avoir pour conséquence naturelle la perte de la qualité de Français, puisqu'on ne peut, en principe, avoir deux nationalités différentes.

M. Weiss fait observer que la disposition du nouvel art. 17, n° 1, est plus large que le texte correspondant du Code civil de 1804 : « Elle concerne, dit-il, non plus seulement le Français qui a acquis, par un acte de sa volonté, la naturalisation en pays étranger, mais même celui de nos nationaux auquel un gouvernement ou un souverain étranger a, spontanément, en dehors de toute démarche, de toute sollicitation, conféré le droit de cité, à raison de ses talents, de la célébrité qu'il a su conquérir, des services qu'il a rendus à l'État ou à l'humanité. Peut-être y a-t-il là quelque exagération de scrupule? Au désir d'éviter la réunion sur une même tête et le conflit de deux nationalités, on sacrifie la règle fondamentale qui subordonne à la volonté de l'intéressé tout changement de patrie (1). »

Mais il n'est pas possible que le législateur français ait admis que la nationalité française puisse être perdue sans le

(*) Art. 17. — Arg. ex L. 17 et 19, § 4, D. 49, 15, *De capt. et postlim.* Cicero, *Pro Balbo*, n°s 27 à 32; *Pro domo*, n° 29.

(1) *Annuaire fr.* publié par la *Soc. de lég. comp.*, t. IX, p. 131, note 1.

fait volontaire et intentionnel de l'intéressé. Nous pensons, du reste, que la perte de la qualité de Français, avant comme depuis la loi de 1889, peut résulter du fait d'avoir volontairement acquis une nationalité étrangère dans une forme voulue par la loi étrangère, quand même cette nationalité aurait été obtenue en dehors de toute naturalisation (1).

289. Il est reconnu sans difficulté que la naturalisation en pays étranger à laquelle se réfère l'art. 17 doit s'entendre d'une naturalisation complète, conférant les droits d'un regnicole, et non d'une demi-naturalisation, analogue à la *denization* anglaise (2), ou au droit de bourgeoisie honoraire dont certains États ne sont point avares.

290. Le Code de 1804 avait admis pour tout Français le droit d'abdiquer sa patrie en se faisant naturaliser en pays étranger. Mais pour que cette naturalisation n'eût pas l'air d'une rupture violente avec la patrie française, le décret du 26 août 1811 avait exigé l'autorisation préalable du gouvernement français. Dans tous les cas, la qualité de Français était perdue, mais quand elle avait été ainsi perdue sans autorisation, le ci-devant Français était atteint par les pénalités excessives et les déchéances rigoureuses prononcées par le décret précité. La jurisprudence est allée plus loin; elle a déclaré non avenue, comme faite *en fraude de la loi*, toute naturalisation sollicitée et obtenue d'une puissance étrangère, dans le but de se soustraire aux prescriptions de la loi française. La Cour de cassation avait même fini par admettre que l'art. 17 ne pouvait recevoir d'application qu'à l'égard de celui qui était libre de tout engagement envers sa patrie (3); et la Cour de Paris avait jugé qu'un majeur, qui a pris du service dans une

(1) Paris, 21 janv. 1889, D. 89, 2, 273.

(2) V. Haute Cour de just. d'Angleterre, 11 janv. 1888, D. 88, 2, 81; Cass. 19 janv. 1819, S. 1819, 1, 174, S. 1822, 2, 233, etc.

(3) Cass. 13 avril 1874, D. 75, 1, 151 et les notes et renvois.

armée étrangère, ne peut invoquer la déchéance prononcée par l'art. 21, aujourd'hui par l'art. 17, pour se soustraire à l'obligation du service militaire en France (1). Sous l'influence d'une telle doctrine on a pu se poser la question de savoir si la naturalisation d'un Français en pays étranger pouvait être considérée comme *frauduleuse*, même lorsqu'elle a été régulièrement autorisée par un décret du gouvernement français, conformément au décret du 26 août 1811. Un tribunal ayant adopté la négative, sa décision a été critiquée par le motif que « l'autorisation du gouvernement a seulement pour but d'éviter au Français qui se fait naturaliser étranger, les déchéances édictées par les art. 6 à 11 du décret, car différemment, c'est le gouvernement qui serait juge de la fraude (2). »

M. Weiss s'écriait : « Nous est-il permis d'espérer que cette pratique arbitraire, contre laquelle nous avons déjà eu occasion de nous élever, ne survivra pas à la loi nouvelle (3)? » Cela n'est pas certain, car la Cour de cassation a encore jugé que suivant l'ancien art. 17, C. C., *abstraction faite des modifications apportées à son texte par la loi du 28 juin 1889*, la naturalisation acquise en pays étranger entraîne de plein droit la perte de la qualité de Français, même pour celui qui n'a pas satisfait au service militaire, *du moment où il est établi que cette naturalisation a été exempte de toute pensée frauduleuse, notamment de celle de se soustraire à ce service* (4). Il semble donc que la Cour suprême ne veuille maintenir la théorie de la *fraude à la loi* que pour l'application de l'ancien art. 17; mais, dans cette limite, elle la maintient.

Cette doctrine, qui a pour caractéristique d'imposer arbi-

(1) Paris, 5 août 1886, D. 87, 2, 13.

(2) Trib. civ. Dieppe, 27 mai 1886, sous arrêt de Rouen, 6 avril 1887, D. 87, 2, 17, note.

(3) *Annuaire fr.* publié par la *Soc. de lég. comp.*, *loc. cit.*, p. 132.

(4) Cass. 26 fév. 1890, D. 90, 1, 325.

trairement la nationalité française à un individu qui l'abdique, avait naturellement conduit à une autre conséquence : on avait jugé que l'individu né en Belgique, de parents français, qui, dans l'année suivant sa majorité, opte pour la nationalité belge, conformément à l'art. 9 du Code civil de Belgique, reproduisant la disposition parallèle de l'art. 9 du Code civil français, ne perd pas pour cela la qualité de Français, et demeure soumis au service militaire en France (1).

La rédaction nouvelle de l'art. 17 rendra désormais impossibles de semblables décisions. La France, suivant l'expression de M. Weiss, s'engage, unilatéralement il est vrai, mais d'une manière générale, à tenir pour régulière l'option volontairement effectuée, dans les termes de l'art. 9, ou de toute autre disposition analogue des lois étrangères, par l'enfant né d'un Français en Belgique ou partout ailleurs hors de France, et à le délier des conséquences de la nationalité française (2).

Le n° 2 de l'art. 17 constate que la nationalité française est perdue par celui qui l'a déclinée dans les cas prévus au § 4 de l'art. 8 et aux art. 12 et 18. Pour qu'il en soit ainsi, il faut que le réclamant se trouve réellement dans les cas visés par les textes précités. Par conséquent l'individu qui à sa majorité, ou dans l'année de sa majorité, réclamerait la qualité d'étranger comme prétendu fils d'étranger ne perdrait pas la qualité de Français, et pourrait la revendiquer ultérieurement (3).

291. La naturalisation d'un Français à l'étranger n'est soumise à l'autorisation préalable du gouvernement français, que pour celui qui, à raison de son âge, serait encore tenu au

(1) Douai, 14 déc. 1881, S. 84, 2, 1, note; voy. Cass. 7 août 1871, S. 71, 1, 200; Toulouse, 26 janvier 1876, S. 76, 2, 177; Cass. 10 août 1874, S. 75, 1, 52.

(2) Weiss, *loc. cit.*, p. 132.

(3) Pau, 23 juillet 1889, S. 90, 2, 183.

service militaire dans l'armée active. Cette autorisation diffère à ce point de vue de celle que réclamait le décret du 26 août 1811 ; elle en diffère encore en ce que le naturalisé sans autorisation conserve la qualité de Français. L'acceptation non autorisée de fonctions civiles en pays étranger ne fait plus perdre, comme sous le régime de l'ancien art. 17, la nationalité française. La loi nouvelle a décidé avec raison qu'il y avait lieu de réserver au gouvernement la faculté d'apprécier si les devoirs professionnels ou politiques assumés par le Français à l'étranger peuvent être conciliés avec la conservation de sa nationalité d'origine. Si le gouvernement estime qu'il n'en est pas ainsi, il fera parvenir au Français l'injonction de résigner ses fonctions dans un délai déterminé. La qualité de Français ne sera perdue que si l'intéressé n'a pas déféré à l'injonction dans le délai à lui imparti. Cela suppose qu'il est certain que l'injonction, dont la loi d'ailleurs ne fixe pas la forme, est réellement parvenue à son adresse.

Mais il fallait au contraire maintenir l'ancienne règle pour le service militaire. La loi de 1889 a donc transporté dans l'art. 17 la règle déjà écrite dans l'ancien art. 21, § 1, d'après laquelle le seul fait par un Français de prendre du service militaire à l'étranger sans autorisation du gouvernement, entraînait la perte de la qualité de Français. Seulement le texte nouveau ne parle plus de l'affiliation à une *corporation étrangère*, parce qu'il paraît qu'il n'existe plus de corporation militaire du genre de celles auxquelles se référait l'ancien art. 21.

Remarquons que le nouvel art. 17 ne reproduit pas le § 3 de l'ancien qui faisait perdre la qualité de Français par tout établissement fait en pays étranger sans esprit de retour.

Enfin la loi nouvelle n'abroge pas les lois du 27 avril 1848, 11 février 1851 et 7 mai 1858 déclarant déchus de leur qualité de Français ceux qui se trouvent possesseurs d'esclaves dans les conditions déterminées par ces lois.

292. Sauf dans cette dernière hypothèse, le Français qui a perdu sa nationalité peut la recouvrer au moyen d'une sorte de naturalisation privilégiée.

ART. 18. Le Français qui a perdu sa qualité de Français peut la recouvrer pourvu qu'il réside en France, en obtenant sa réintégration par décret. La qualité de Français pourra être accordée par le même décret à la femme et aux enfants majeurs s'ils en font la demande. Les enfants mineurs du père ou de la mère réintégrés deviennent Français, à moins que, dans l'année qui suivra leur majorité, ils ne déclinent cette qualité, en se conformant aux dispositions de l'art. 8 § 4 (*).

L'ancien art. 18 n'attribuait à la réintégration dans sa nationalité d'un ci-devant Français, qu'un effet personnel et individuel. Désormais, quand il s'agira d'un chef de famille, le même décret qui lui restitue la qualité de Français pourra l'attribuer à sa femme et à ses enfants déjà majeurs qui en feront la demande. Quant aux enfants mineurs ils deviennent Français, avec le droit de décliner ultérieurement cette qualité en invoquant l'art. 8, § 4. On trouvera plus loin (nº 301). Le texte d'une instruction officielle concernant les demandes en réintégration.

293.

ART. 19. La femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari, à moins que son mariage ne lui confère pas la nationalité de son mari, auquel cas elle reste Française. Si son mariage est dissous par la mort du mari ou le divorce, elle recouvre la qualité de Française, avec l'autorisation du gouvernement, pourvu qu'elle réside en France ou qu'elle y rentre, en déclarant qu'elle veut s'y fixer.

Dans le cas où le mariage est dissous par la mort du mari, la qualité de Français peut être accordée par le même décret de réintégration aux enfants mineurs, sur la demande de la mère ou par un décret ultérieur, si la demande en est faite par le tuteur avec l'approbation du conseil de famille.

La femme française, dont le mari français au moment du mariage obtient ultérieurement sa naturalisation à l'étranger, doit rester française, alors même que la législation du pays étranger attacherait à la naturalisation du mari un effet général et collectif (1).

(*) Art. 18. — Voy. anal. L. 5 § 3, D. 49, 15, *De capt. et postlim.*

(1) Rouen, 6 avril 1887, D. 87, 2, 17.

Mais à l'inverse, la femme française, majeure ou mineure, qui contracte un mariage valable avec un étranger doit être considérée comme voulant acquérir la nationalité de son mari, et par conséquent cesse d'être française. Mais il faut pour cela qu'elle ait pu légalement acquérir la nationalité de son mari ; si la loi de ce dernier n'admettait pas ce résultat, la femme demeurerait française. Sous l'ancien art. 19, la solution aurait été différente.

On décidait de même que, dans le cas de dissolution du mariage, la femme était de plein droit réintégrée dans la nationalité française si elle résidait en France au jour de la dissolution (1). On comprendrait qu'on exigeât de la femme une déclaration de volonté devant la municipalité du lieu de sa résidence. Mais la loi nouvelle exige *l'autorisation du Gouvernement !* Cela est excessif. La femme, dans le cas envisagé, doit être considérée comme investie du droit d'être réintégrée dans la nationalité française en vertu d'une simple manifestation de volonté de sa part. Au cours de la discussion de la loi de 1889 l'observation fut faite, mais le ministre de la justice répondit notamment « que la disposition nouvelle avait, sur l'ancien texte, l'avantage qu'elle permet de régler, s'il y a lieu, par le même décret, la situation des enfants issus du mariage (2). » C'est du pur arbitraire.

Il résulte implicitement du dernier paragraphe de l'art. 19 que la qualité de Français ne peut être accordée aux enfants mineurs que dans le cas où le mariage a été dissous par la mort de leur père. Si le mariage a été dissous par le divorce, les enfants conservent naturellement la nationalité de leur père.

(1) Voy. Cass. 19 mai 1830, S. 30, 1, 326; Lyon, 11 mars 1835, S. 35, 2, 191; Cass. 13 janv. 1873, D. 73, 1, 297; etc., et Paris, 29 janv. 1889, *le Droit*, 15 mars 89.

(2) Duvergier, *Lois et décrets*, 1889, p. 243, note 2 et 244.

294.

ART. 20. Les individus qui acquerront la qualité de Français dans les cas prévus par les art. 9, 10, 18 et 19 ne pourront s'en prévaloir que pour les droits ouverts à leur profit depuis cette époque (*).

Cette disposition reproduit la pensée de l'ancien art. 20 en l'étendant à l'art. 9 pour faire cesser la controverse qui s'était élevée sur l'exacte portée de ce dernier texte. On s'était, en effet, demandé si l'option pour la France effectuée en vertu de l'art. 9 devait ou non rétroagir. La Cour de cassation avait cru pouvoir se prononcer dans le sens de l'affirmative en appliquant à cette matière le droit commun des conditions (art. 1119, C. C.) (1). On ne peut pas considérer comme une condition l'événement à l'accomplissement duquel la loi attache certaines conséquences. Aussi doit-on s'abstenir, en notre matière, d'employer les expressions trop souvent admises, de *Français sous condition suspensive* et de *Français sous condition résolutoire*.

295.

ART. 21. Le Français qui, sans autorisation du gouvernement, prendrait du service militaire à l'étranger, ne pourra rentrer en France qu'en vertu d'une permission accordée par décret, et recouvrer la qualité de Français qu'en remplissant les conditions imposées en France à l'étranger pour obtenir la naturalisation ordinaire (**).

Cet article est le complément de l'art. 17, § 2, ci-dessus expliqué. Le ci-devant Français, qui est ainsi devenu étranger, ne pouvait, d'après le système du Code, recouvrer la qualité de Français qu'en remplissant les conditions prescrites pour la naturalisation qui ne pouvait être obtenue qu'après trois ans de stage. Mais les art. 12 et 25 du décret du 25 août 1811 lui donnèrent la facilité d'être réintégré dans la qualité de Français par de simples lettres de relief. Aujourd'hui il n'en est

(*) Art. 20. — Arg. ex L. 75, D. 50, 17, *De reg. jur.*

(**) Art. 21. — Arg. ex L. 17 § 4, D. 49, 15, *De capt. et postlim.*

(1) Cass. 19 juillet 1848, D. 48, 1, 129; Cass. 29 décembre 1885, D. 86, 1, 369; *contrà*, Alger, 2 décembre 1886, S. 87, 2, 5 : comp. Paris, 6 fév. 1884, D. 85, 2, 44.

plus ainsi ; le décret du 26 août 1811 est abrogé par la loi de 1889, et par conséquent les règles sur la naturalisation ordinaire seront seules applicables.

296. L'art. 21 est le dernier que la loi du 26 juin 1889 ait modifié. Cette même loi a ensuite prononcé par son art. 6 l'abrogation formelle des décrets des 6 avril 1809, 26 août 1811, des lois des 22 mars 1849, 7 février 1851, 29 juin 1867, 16 décembre 1874 (1), 14 février 1882, 28 juin 1883 et toutes les dispositions contraires à son texte.

La loi de 1889 aura rendu le service de fondre dans un texte unique toutes les lois abrogées, de faire cesser certaines controverses ; mais elle n'a pas toujours été conçue dans un esprit suffisamment libéral et n'a pas trouvé la formule concise qui doit caractériser toute œuvre législative.

297. On aura pu remarquer que cette loi maintient certaines causes de déchéance de la nationalité française qui ne correspondent pas, nécessairement, à l'acquisition d'une nationalité étrangère (art. 17, § 3 et 4) ; il était difficile de faire autrement, à moins de vouloir maintenir malgré eux dans la nationalité française, des individus qui montrent clairement l'intention d'en sortir. D'un autre côté, la loi ne soumet pas les candidats à la naturalisation en France à la preuve qu'ils ont perdu leur nationalité étrangère. Il était impossible d'imposer une pareille condition, qui aurait eu pour résultat de ne rendre la naturalisation possible qu'au profit des individus ayant perdu, à titre de peine, leur nationalité d'origine. Presque toutes les législations admettent en effet le principe que la perte de la nationalité ne peut résulter normalement que d'une naturalisation à l'étranger et non d'une *abdication* pure et simple. Donc, tout candidat à la naturalisation, à moins d'avoir mérité la disgrâce de sa patrie, con-

(1) Par inadvertance, la loi sur le recrutement militaire du 15 juillet 1889, se réfère dans son art. 11 à la loi abrogée du 16 décembre 1874.

serve sa nationalité d'origine jusqu'à la date du décret qui le déclare Français. A partir de cette date il aura perdu sa nationalité d'origine, excepté dans le cas où il appartiendrait à un pays dont la législation ne reconnaît pas cette manière de perdre la nationalité.

Il pourra donc arriver, en fait, qu'un Français cesse d'être Français, sans être agrégé à une nationalité étrangère déterminée. Ce sera comme s'il n'avait pas de patrie. Il pourra arriver encore qu'un individu devienne français, par la naturalisation, sans cesser d'appartenir à sa nation d'origine. Ce sera comme s'il avait deux patries.

Les auteurs s'occupent en conséquence de la situation de ceux qui ont *deux patries* ou *deux nationalités*, et de ceux qui n'ont pas de patrie ou de nationalité. Ces locutions bizarres semblent avoir pour but de mettre en relief des impossibilités apparentes démenties par la réalité des faits. Il ne s'agit pas de savoir si un individu peut avoir à la fois deux patries, ou n'en avoir aucune, mais s'il peut se trouver dans le cas de pouvoir invoquer, chez deux peuples différents, les avantages réservés chez ces deux peuples aux regnicoles, ou encore s'il ne peut pas se trouver dans le cas de ne pouvoir invoquer, chez aucun peuple, les avantages réservés aux regnicoles. Or, il est certain qu'il peut en être ainsi, et que de telles situations ne présentent rien d'extraordinaire. Elles sont la conséquence forcée de la différence des législations, et peuvent se produire dans d'autres cas que ceux indiqués plus haut. Ainsi l'enfant né d'un Français en Angleterre est Anglais d'après la loi anglaise, et en même temps il est Français d'après la loi française. C'est aux traités diplomatiques qu'il appartient de faire cesser un tel état de choses. Il y a donc des individus qui pourront invoquer deux statuts personnels suivant qu'ils résideront dans l'un ou l'autre des pays auxquels ils se rattachent.

Quant à celui qui, en fait, ne peut se rattacher à aucune

nation, il sera forcément, quant à son statut personnel, régi par la loi du lieu de sa résidence.

§ 2. — Perte de la qualité de Français résultant d'un démembrement du territoire.

298. — Traités de 1814 et de 1815.
299. — Traité de Francfort du 10 mai 1871, concernant l'Alsace et la Lorraine.
300. — Droit d'option reconnu aux mineurs.
301. — De la réintégration des Alsaciens-Lorrains et autres dans la nationalité française; formes de la demande, pièces à produire.

298. Le démembrement du territoire français a pour résultat la perte de la nationalité française pour les personnes comprises dans les territoires détachés.

C'est ce qui a eu lieu après le premier Empire en 1814 et 1815, et après le second Empire en 1870.

Le traité du 30 avril 1814 déclarait « conserver à la France l'intégrité de ses limites telles qu'elles existaient à l'époque du 1er janvier 1792; » le traité de 1815 rétrogradait jusqu'à 1790. En principe, tout accroissement de territoire survenu postérieurement à ces dates était rétroactivement anéanti. La loi du 14 octobre 1814 affectait aussi de considérer comme n'ayant jamais cessé d'être étrangers les habitants des territoires cédés; seulement elle leur facilitait la naturalisation.

Selon l'interprétation commune donnée aux traités de 1814 et de 1815, il faut considérer comme ayant changé de nationalité les habitants *originaires* des provinces cédées, et non les Français d'origine simplement *domiciliés* dans ces provinces.

L'application des traités de 1815 et de la loi du 14 octobre 1814 a donné lieu à des difficultés qui ont été tranchées par la jurisprudence et que nous n'avons pas à examiner en détail (1).

(1) V. notamm. *Dissert.* sous Cass. 1883, D. 84, 1, 209.

299. En ce qui concerne l'Alsace et la Lorraine l'art. 2 du traité de Francfort, en date du 10 mai 1871, portait : « Les sujets français *originaires* des territoires cédés, *domiciliés* actuellement sur ces territoires, qui entendront conserver la nationalité française, jouiront jusqu'au 1er octobre 1872, moyennant une déclaration préalable faite à l'autorité compétente, de la faculté de transporter leur domicile en France, et de s'y fixer, auquel cas la qualité de citoyen français leur sera maintenue. »

Il fallait donc pour que les ci-devant nationaux français fussent compris dans la cession, qu'ils fussent : 1° originaires des territoires cédés; 2° qu'ils y fussent domiciliés actuellement.

Mais cela fut modifié par la convention additionnelle du 11 décembre 1871 de laquelle il résulte que, devaient être considérés comme compris dans le démembrement, les simples *originaires* d'Alsace-Lorraine qui, avant la cession, auraient transporté ailleurs leur domicile. Enfin, une interprétation de la chancellerie fédérale considéra l'expression *originaires* comme s'appliquant même aux individus nés sur les territoires cédés, quoique de parents non Alsaciens-Lorrains.

300. L'exercice de la faculté d'option dans un délai déterminé présentait certaines difficultés pour les mineurs qui semblent, en pareille matière, ne pouvoir être ni représentés, ni assistés. Néanmoins les plénipotentiaires français et allemands finirent par tomber d'accord pour reconnaître aux mineurs le droit d'opter dans les délais ordinaires avec l'assistance de leurs représentants légaux. Cette entente est constatée par les procès-verbaux des conférences qui ont préparé et précédé la convention additionnelle du 11 décembre 1871. Les tribunaux ont donc admis la prétention des mineurs qui se prévalaient d'une déclaration faite par eux dans les conditions stipulées par les plénipotentiaires.

« Peu importe, lisons-nous dans un jugement, que ce droit résultant d'un accord international, ne soit pas en harmonie avec notre loi civile et encore moins qu'il ait été ultérieurement contesté par le gouvernement allemand (1). »

301. Les Alsaciens-Lorrains qui n'ont pas opté régulièrement pour la nationalité française trouvent dans l'application des lois ordinaires le moyen de recouvrer la qualité de Français. L'art. 18 du Code qui autorise la réintégration de l'ex-Français dans la nationalité qu'il a perdue peut s'appliquer aux Alsaciens-Lorrains, car si ce texte ne parle pas de cession de territoire, il prévoit tous les cas possibles de naturalisation. Cet article ne peut évidemment profiter qu'aux individus qui, étant nés avant la cession de l'Alsace-Lorraine, ont été investis de la qualité de Français. Ceux qui sont nés en Alsace-Lorraine depuis le démembrement peuvent bénéficier de l'art. 10 qui autorise tout individu né hors de France de parents dont l'un a perdu la qualité de Français, à réclamer cette qualité en se conformant à l'art. 9. On a admis à la réintégration les individus qui étaient libres de tout service militaire en Alsace-Lorraine. Cette exemption avait été accordée à ceux qui avaient servi dans l'armée française ou la garde mobile avant le 17 décembre 1870, ou qui étaient nés avant le 1er janvier 1851.

La note déjà citée, rédigée par la direction des affaires civiles et du sceau, s'exprime ainsi en ce qui concerne les demandes en réintégration (2) :

« Les Alsaciens-Lorrains nés *avant* le 1er janvier 1851, qui veulent recouvrer leur nationalité d'origine, peuvent solliciter la réintégration dans la qualité de Français par application de l'art. 18, C. C.

(1) Trib. Gaillac, 25 juillet 1888, *Pand. franç.*, 88, 2, 273; voy. Chausse, *Revue critique*, 1890, p. 388 et suiv.

(2) *Bull. officiel du min. de l'int.*, 1889, p. 383.

« La demande tendant à réintégration doit être rédigée sur papier timbré, et accompagnée de l'acte de naissance, ainsi que d'un extrait du casier judiciaire.

« Les Alsaciens-Lorrains nés *après* le 1er janvier 1851, ne peuvent demander la réintégration que s'ils sont munis d'un permis d'émigration de l'autorité allemande, ou d'un certificat de réforme dans l'armée allemande, ou s'ils peuvent justifier de services militaires dans l'armée française. Dans le cas contraire, ils pourront solliciter la naturalisation, à la condition de justifier d'une résidence non interrompue en France pendant 10 années; sinon, ils se bornent à demander l'admission à domicile dans la forme ci-dessus indiquée.

« La femme et les enfants majeurs de l'étranger qui demandent à devenir Français, soit par la naturalisation, soit par la réintégration doivent, s'ils désirent obtenir eux-mêmes la qualité de Français sans condition de stage, par application des art. 12 et 18, C. C., joindre leur demande de naturalisation à la demande faite par le père ou par la mère. Aux termes des mêmes articles, les enfants mineurs d'un père ou d'une mère survivant naturalisés ou réintégrés deviennent Français (1). »

SECTION II.

De la privation des droits civils par suite de condamnations judiciaires.

302. — Règles générales.
303. — De la mort civile, art. 22 à 32; son abrogation.
304. — Les condamnations à une peine perpétuelle entraînent : 1° La dégradation civique; 2° L'interdiction légale;

(1) Les demandes d'admission à domicile, de naturalisation, de réintégration et d'extrait du casier judiciaire central, adressées au garde des sceaux, ministre de la justice, peuvent être envoyées directement par la poste, sans affranchissement. Les intéressés peuvent aussi recourir au ministère des référendaires au sceau de France. *Ibid.*

305. — 3° Certaines incapacités spéciales de disposer et de recevoir.
306. — Les condamnations à une peine afflictive et infamante temporaire, ou seulement infamante, entraînent : 1° la dégradation civique; 2° l'interdiction légale.
307. — Effets des condamnations à une peine correctionnelle.
308. — De la relégation.

302. Trois règles principales dominent la matière :

1° La dénationalisation d'une personne ne peut plus, dans notre droit moderne, être prononcée à titre de peine. — Quelle que soit la gravité de la peine encourue, le condamné conservera donc toujours la qualité de Français.

2° Les incapacités et déchéances prononcées par une juridiction répressive étrangère à l'encontre d'un Français, n'ont pas d'effet en France (1).

3° Les peines de simple police ne peuvent, à raison du peu de gravité des faits qui les entraînent, exercer aucune influence sur la capacité de la personne.

Il ne peut donc être question que des peines criminelles et des peines correctionnelles.

Ces peines atteignent, toutes, le condamné dans la personne physique. Mais il existe des peines *privatives de droit*, qui peuvent être attachées aux précédentes comme accessoires, et qui atteignent le condamné dans sa personne civile.

Ces peines accessoires sont plus ou moins étendues. Les unes atteignent le condamné dans la *jouissance*, les autres dans l'*exercice* seulement de ses droits civils.

303. La principale de ces peines était la *mort civile*, attachée par le Code à la peine de mort, à celle des travaux forcés à perpétuité et à la déportation.

La mort civile était une fiction légale en vertu de laquelle un individu vivant était réputé mort.

La mort civile avait son principe dans la législation romaine.

(1) Cass. 14 avril 1868, S. 68, 1, 183; trib. civ. Pontarlier, 1er mai 1887, *France judiciaire*, p. 207; Chausse, *Revue critique*, 1888, p. 202.

Elle fut adoptée par l'ancienne jurisprudence, et elle résultait : 1° de certaines condamnations perpétuelles ; 2° de la prononciation des vœux monastiques.

La législation révolutionnaire abolit cette dernière cause de la mort civile, mais en établit une nouvelle résultant de l'émigration.

Enfin, après de longues discussions, les rédacteurs du Code civil la firent entrer dans la législation moderne, mais seulement comme conséquence des peines perpétuelles.

Voici les effets principaux qu'elle produisait :

ART. 22. Les condamnations à des peines dont l'effet est de priver celui qui est condamné, de toute participation aux droits civils ci-après exprimés, emporteront la mort civile.

ART. 23. La condamnation à la mort naturelle emportera la mort civile.

ART. 24. Les autres peines afflictives perpétuelles n'emporteront la mort civile qu'autant que la loi y aurait attaché cet effet.

ART. 25. Par la mort civile, le condamné perd la propriété des biens qu'il possédait : sa succession est ouverte au profit de ses héritiers, auxquels ses biens sont dévolus, de la même manière que s'il était mort naturellement et sans testament.

Il ne peut plus ni recueillir aucune succession, ni transmettre, à ce titre, les biens qu'il a acquis par la suite.

Il ne peut ni disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit par donation entre-vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments.

Il ne peut être nommé tuteur, ni concourir aux opérations relatives à la tutelle.

Il ne peut être témoin dans un acte solennel ou authentique, ni être admis à porter témoignage en justice.

Il ne peut procéder en justice, ni en défendant, ni en demandant que sous le nom et par le ministère d'un curateur spécial, qui lui est nommé par le tribunal où l'action est portée.

Il est incapable de contracter un mariage qui produise aucun effet civil.

Le mariage qu'il avait contracté précédemment est dissous, quant à tous ses effets civils.

Son époux et ses héritiers peuvent exercer respectivement les droits et les actions auxquels sa mort naturelle donnerait ouverture.

ART. 26. Les condamnations contradictoires n'emportent la mort civile qu'à compter du jour de leur exécution, soit réelle, soit par effigie.

ART. 27. Les condamnations par contumace n'emporteront la mort civile qu'après les cinq années qui suivront l'exécution du jugement par effigie, et pendant lesquelles le condamné peut se représenter.

ART. 28. Les condamnés par contumace seront, pendant les cinq ans, ou jusqu'à ce qu'ils se représentent ou qu'ils soient arrêtés pendant ce délai, privés de l'exercice des droits civils.

Leurs biens seront administrés et leurs droits exercés de même que ceux des absents.

ART. 29. Lorsque le condamné

par contumace se présentera volontairement dans les cinq années, à compter du jour de l'exécution, ou lorsqu'il aura été saisi et constitué prisonnier dans ce délai, le jugement sera anéanti de plein droit; l'accusé sera remis en possession de ses biens; il sera jugé de nouveau; et si, par ce nouveau jugement, il est condamné à la même peine ou à une peine différente, emportant également la mort civile, elle n'aura lieu qu'à compter du jour de l'exécution du second jugement.

Art. 30. Lorsque le condamné par contumace, qui ne se sera représenté ou qui n'aura été constitué prisonnier qu'après les cinq ans, sera absous par le nouveau jugement, ou n'aura été condamné qu'à une peine qui n'emportera pas la mort civile, il rentrera dans la plénitude de ses droits civils, pour l'avenir, et à compter du jour où il aura reparu en justice; mais le premier jugement conservera, pour le passé, les effets que la mort civile avait produits dans l'intervalle écoulé depuis l'époque de l'expiration des cinq ans jusqu'au jour de sa comparution en justice.

Art. 31. Si le condamné par contumace meurt dans le délai de grâce des cinq années sans s'être représenté, ou sans avoir été saisi ou arrêté, il sera réputé mort dans l'intégrité de ses droits. Le jugement de contumace sera anéanti de plein droit, sans préjudice néanmoins de l'action de la partie civile, laquelle ne pourra être intentée contre les héritiers du condamné que par la voie civile.

Art. 32. En aucun cas la prescription de la peine ne réintégrera le condamné dans ses droits civils pour l'avenir.

Art. 33. Les biens acquis par le condamné, depuis la mort civile encourue, et dont il se trouvera en possession au jour de sa mort naturelle, appartiendront à l'Etat par droit de déshérence.

Néanmoins il est loisible au Roi de faire, au profit de la veuve, des enfants ou parents du condamné, telles dispositions que l'humanité lui suggèrera.

Nous n'avons pas besoin de reproduire les justes critiques suscitées par la mort civile.

La loi du 8 juin 1850 la fit d'abord disparaître pour les condamnations à la déportation qui seraient prononcées à l'avenir.

Enfin, la loi du 31 mai 1854 l'a entièrement abolie (art. 1er).

304. D'après l'art. 2 de cette loi : « Les condamnations à des peines afflictives perpétuelles emportent la dégradation civique et l'interdiction légale établies par les art. 28, 29 et 31 du Code pénal. »

La dégradation civique est la privation de certains droits civiques, civils et de famille énumérés dans l'art. 34, C. P.

Cette peine atteint le condamné dans la *jouissance* même des droits dont il vient d'être parlé. Elle est encourue du

jour où la condamnation contradictoire est devenue irrévocable. Pour les condamnations par contumace, elle est encourue du jour fixé par l'art. 472, C. inst. crim., modifié par la loi du 2 janvier 1850.

Les condamnations perpétuelles entraînent en outre l'interdiction légale établie par les art. 29, 30 et 31, C. P.

L'interdiction légale a pour effet, dans cette hypothèse, de retirer au condamné l'*exercice* de tous les droits que la dégradation civique lui a laissés, pour transporter cet exercice aux tuteur et subrogé-tuteur, avec certaines assistances et homologations.

L'interdiction légale est encourue du jour où la condamnation contradictoire est devenue irrévocable.

Pour les condamnations par contumace, il y a controverse. L'art. 29, C. P., d'après son texte, ne semble pouvoir s'appliquer qu'aux condamnés contradictoirement. Les contumaces sont au contraire régis par l'art. 471, C. instr. crim. Il est vrai que l'art. 465 du même Code déclare suspendu à leur égard l'exercice des droits politiques et civiques, mais il n'est pas question des droits civils. Enfin, ce qui doit enlever toute espèce de doute, on lit dans l'exposé des motifs de la loi de 1854 : « Si la condamnation a été prononcée par contumace, comme le condamné n'expie pas sa peine et échappe au contraire à l'action de la loi, l'interdiction légale ne reçoit pas son application (1). »

La dégradation civique et l'interdiction légale n'ont pas paru suffisantes à l'égard des condamnés à une peine perpétuelle. L'interdiction légale retirait en effet au condamné l'*exercice* seulement de tous les droits que la dégradation civique ne lui avait pas enlevés. Or il fallait, en outre, atteindre le condamné dans la *jouissance* même de certains de ces droits.

(1) Trib. Béziers, 26 juin 1886, S. 88, 2, 46.

305. En conséquence, l'art. 3 de la loi du 31 mai 1854 dispose :

« Le condamné à une peine afflictive perpétuelle ne peut disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit par donation entre-vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments. — Tout testament par lui fait antérieurement à sa condamnation contradictoire, devenue définitive, est nul. — Le présent article n'est applicable au condamné par contumace que cinq ans après l'exécution par effigie. »

Le condamné ne peut donc, en général, *disposer* ni *recevoir* à titre gratuit. Cette incapacité est indépendante de la forme sous laquelle la libéralité est exercée. Elle s'étend, par suite, aux dispositions déguisées et indirectes, aux dons manuels, remises volontaires de dettes, etc. Mais il peut recevoir pour cause d'aliments, sans pouvoir disposer à ce titre, si ce n'est en faveur de quelqu'un à qui il les devrait, car alors il ferait un paiement plutôt qu'une libéralité. Le condamné conserve d'ailleurs la capacité d'hériter et de transmettre *ab intestat*.

D'après l'art. 4, le gouvernement peut relever le condamné de tout ou partie des incapacités qui précèdent; il peut lui accorder l'exercice, dans le lieu d'exécution de la peine, des droits civils ou de quelques-uns de ces droits dont il a été privé par son état d'interdiction légale. Mais le gouvernement ne saurait avoir le droit de valider le testament antérieur à la condamnation. — Les actes faits par le condamné dans le lieu d'exécution de la peine, ne peuvent engager les biens qu'il possédait au jour de sa condamnation, ou qui lui sont échus à titre gratuit depuis cette époque.

Dans le même ordre d'idées la loi du 25 mars 1873 a apporté certaines modifications à la loi du 31 mai 1854 : d'après l'art. 16 les condamnés à la déportation simple auront de plein droit l'exercice des droits civils dans le lieu de la déportation. Le

gouvernement pourra en outre leur accorder l'exercice dans la colonie de tout ou partie des droits dont ils sont privés par l'art. 34. C. P. Il pourra aussi autoriser la remise entre leurs mains de tout ou partie de leurs biens. Sauf l'effet de cette remise, les actes faits par les condamnés dans le lieu de la déportation ne peuvent ni engager ni affecter les biens qu'ils possédaient au jour de leur condamnation, ni ceux qui leur seraient échus à titre gratuit depuis cette époque. Ils pourront néanmoins, dans les limites des art. 1094 et 1098, C. C., disposer par testament au profit de leur conjoint habitant avec eux.

306. Voyons maintenant quelles sont les incapacités attachées par la loi à une peine afflictive et infamante temporaire, ou à une peine seulement infamante.

La *dégradation civique*, dont nous avons parlé, est d'abord l'accessoire légal de ces peines (art. 28, C. P.). Il faut de plus remarquer que cette dégradation peut aussi, dans certains cas, être prononcée comme peine principale (art. 121, 122, 177, C. P.). Elle est encourue du jour où la condamnation par contumace a été exécutée par effigie (art. 28, C. P.). Dans tous les cas sa durée est indéfinie.

Les condamnés à une peine afflictive temporaire sont en outre placés en état *d'interdiction légale* pendant toute la durée de leur peine (art. 29, C. P.).

Les condamnés à une peine afflictive et infamante temporaire, sont donc, comme les condamnés à une peine perpétuelle, soumis à la dégradation civique et à l'interdiction légale mais les incapacités spéciales de disposer et de recevoir édictées par l'art. 3 de la loi du 31 mai 1854 ne leur sont pas applicables.

L'interdit légalement est soumis au régime de la tutelle. Il est assimilé à l'interdit judiciaire et par conséquent ne peut faire aucun acte d'administration ou de disposition actuelle. Il est mis ainsi dans l'impossibilité de se procurer les res-

sources qui pourraient lui permettre de préparer une évasion. La Cour de cassation a nettement tracé les limites de l'incapacité de l'interdit légalement, elle a décidé que l'interdiction légale enlevait au condamné, non seulement l'administration de ses biens, mais en outre *le droit de consentir tout acte d'aliénation et de dessaisissement qu'il ne pourrait faire par lui-même, sans porter atteinte aux règles qui régissent l'administration des biens de l'interdit.* Il suit de là qu'il pourrait faire un testament valable (1).

La loi du 30 mai 1854, qu'il ne faut pas confondre avec celle du 31 mai, dispose que la peine des travaux forcés sera désormais subie sur le territoire des colonies pénitentiaires ; elle donne au gouvernement le pouvoir d'accorder aux condamnés, dans la colonie, la faculté d'exercer les droits ou quelques-uns des droits dont ils sont privés par leur état d'interdiction légale, et celui de les autoriser à disposer de tout ou partie de leurs biens, sauf certaines restrictions (art. 1, § 3).

Ces adoucissements ne pourraient être accordés en France à des individus légalement interdits, mais condamnés à des peines autres que celle des travaux forcés.

Les condamnés aux travaux forcés, transférés dans les colonies pénitentiaires, dont la peine est expirée, ou qui obtiennent leur grâce, et qui ne sont plus, dès lors, en état d'interdiction légale, sont tenus de résider dans la colonie, soit pendant un temps limité, soit à perpétuité (L. 30 mai 1854, art. 6 et 8).

307. Les condamnations à une peine correctionnelle ne portent, en principe, aucune atteinte aux droits civils du condamné.

Quelques condamnations de cette espèce entraînent la perte de certains droits spéciaux (art. 335, C. P.).

(1) Cass. 27 fév. 1883, S. 84, 1, 65 et la note.

L'interdiction à temps de certains droits civiques, civils ou de famille (art. 9, C. P.), énumérés dans l'art. 42 du Code pénal, peut dans certains cas être prononcée par les tribunaux correctionnels. Cette interdiction est tantôt obligatoire, tantôt facultative (art. 43).

308. La loi du 27 mai 1885 a créé, sous le nom de relégation, un internement perpétuel sur le territoire des colonies, à l'égard des récidivistes. L'art. 17 de cette loi donne au gouvernement la faculté d'accorder aux relégués l'exercice sur les territoires de relégation, de tout ou partie des droits civils dont ils auraient été privés par l'effet des condamnations encourues.

TITRE DEUXIÈME.

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

§ 1er. — De la rédaction des actes, et de la tenue des registres.

309. — Signification des expressions : *actes de l'état civil.*
310. — Des officiers de l'état civil; leurs fonctions; suppléance, délégation.
311. — Des délégations irrégulières en cas de troubles ou d'insurrection; loi du 6 janv. 1872.
312. — Rôle de l'officier de l'état civil.
313. — De la rédaction des actes, art. 34.
314. — Suite ; déclarations des comparants, art. 35.
315. — Des déclarants et des parties intéressées, art. 36.
316. — Des témoins, art. 37.
317. — Lecture des actes aux parties ; tenue des registres, art. 38 à 44.
318. — Publicité des registres, art. 45.
319. — Force probante des extraits.
320. — Force probante des actes.

309. L'*état*, c'est la capacité juridique. Dans un sens large, cette expression indiquerait la capacité juridique des individus qui n'ont éprouvé aucune déchéance par l'effet d'une condamnation, et qui jouissent de la qualité de Français.

Dans un sens plus restreint cette expression correspond au *droit de famille*, *status familiæ*, et désigne l'ensemble des rapports qui existent entre un individu et la famille déterminée à laquelle il se rattache, arg. art. 327, 3 § 3, C. C.

C'est dans ce sens restreint que l'expression est employée dans la rubrique du titre deuxième.

Le mot *acte*, dans la même rubrique, est employé comme signifiant un document écrit destiné à conserver une preuve.

Par conséquent, la formule : *actes de l'état civil* se réfère aux écrits destinés à conserver la preuve des faits pouvant exercer une influence sur les droits de famille.

Le titre du Code consacré aux actes de l'état civil se rattache donc à la théorie générale des preuves, et sous ce rapport semblerait devoir trouver ailleurs sa place légitime. Mais un Code n'est pas soumis à un arrangement symétrique des textes. Les faits principaux qui peuvent influer sur le droit de famille, le *status familiæ*, sont la naissance, le mariage et la mort. C'est parce que ces événements exercent la plus grande influence sur l'*état des personnes*, formant l'objet du *livre premier*, que notre titre a été placé dans ce livre premier et non dans celui consacré à la théorie générale de la preuve.

310. Depuis la loi du 20 septembre 1792, la mission de dresser et de conserver les actes de l'état civil a été confiée aux municipalités, et d'une manière générale aux maires et adjoints par la loi du 28 pluviôse an VIII.

Les maires et adjoints sont donc officiers de l'état civil. En cette qualité ils sont officiers de police judiciaire, ressortissant au ministère de la justice et placés sous les ordres du procureur de la République.

Les fonctions d'officier de l'état civil appartenant aux maires peuvent passer aux adjoints et conseillers municipaux soit par voie de suppléance, soit par voie de délégation.

La suppléance a lieu en vertu d'une disposition légale. La loi du 5 avril 1884 porte que le maire, en cas d'absence, de suspension, de révocation ou de tout autre empêchement est provisoirement remplacé dans la plénitude de ses fonctions, par un adjoint dans l'ordre des nominations, et à défaut d'ad-

joints par un conseiller municipal pris dans l'ordre du tableau (art. 84), dressé suivant le nombre des suffrages obtenus et l'ordre des scrutins (L. 5 mai 1855, art. 4).

La délégation peut émaner soit du maire, soit du préfet. Le maire peut, sous sa surveillance et sa responsabilité, déléguer les fonctions d'officier de l'état civil à l'un quelconque des adjoints sans distinction de nomination ou à un conseiller municipal (L. 5 avril 1884, art. 82). Sous l'empire de l'article 14 de la loi du 18 juillet 1837 combiné avec l'art. 5 de la loi du 21 mars 1831 et 4 de la loi du 5 mai 1855, on avait d'abord jugé que les délégations irrégulièrement consenties à des conseillers municipaux sans tenir compte de l'ordre du tableau, étaient absolument sans effet; que par suite les actes auxquels auraient concouru ces conseillers municipaux étaient radicalement nuls et comme inexistants, sans qu'on pût soutenir que l'élection conférait aux conseillers municipaux une des principales qualités exigées pour devenir officiers de l'état civil (1). Cette thèse, soutenue par les considérations les plus étroites et les plus mesquines, fut repoussée par la Cour de cassation qui reconnut qu'aucune disposition législative n'exigeait à peine de nullité l'observation de l'ordre du tableau (2). Aujourd'hui la difficulté ne peut plus se présenter, car l'art. 82 précité de la loi du 5 avril 1884 n'exige plus que l'ordre du tableau soit observé dans les délégations des conseillers municipaux.

En cas de refus ou négligence du maire, le préfet peut donner la délégation aux adjoints ou conseillers municipaux sans être astreint à suivre l'ordre de la liste.

Il existe encore un cas particulier de délégation lorsqu'un obstacle quelconque ou l'éloignement, rend difficiles, dange-

(1) Trib. civ. Seine, 23 fév. 1883, D. 83, 2, 49.

(2) Cass. 7 août 1883, D. 84, 1, 5; comp. Cass. 28 avril 1883, D. 83, 1, 273.

reuses ou momentanément impossibles les communications entre le chef-lieu et une fraction de commune. Dans ce cas, un poste d'adjoint spécial peut être institué, sur la demande du conseil municipal, par un décret rendu en Conseil d'État. Cet adjoint, élu par le conseil municipal, est pris parmi les conseillers et, à défaut d'un conseiller résidant dans cette fraction de commune, ou s'il est empêché, parmi les habitants de la fraction; il remplit les fonctions d'officier de l'état civil (L. 5 avril 1884, art. 75).

311. Que faut-il penser des délégations plus ou moins régulières qui peuvent se produire dans les moments de trouble ou de guerre, et quelle est la valeur des actes de l'état civil dressés par un prétendu officier public installé dans ses fonctions par l'invasion ou l'émeute?

La Cour de Bastia a eu l'occasion de juger que les actes de l'état civil, quoique reçus d'une manière irrégulière durant une insurrection, demeuraient valables, s'ils n'avaient pas été ultérieurement annulés (1). C'est qu'en effet la vie civile ne saurait être suspendue. Les naissances et les décès, indépendants de la volonté humaine, doivent être constatés quand ils se produisent, et les mariages, quoique se traduisant par un acte libre, ne sauraient être retardés (2).

La législation s'est prononcée dans ce sens. La loi du 6 janvier 1872 dispose en effet que : « Les actes inscrits sur les registres de l'état civil depuis le 4 septembre 1870 jusqu'à ce jour, ne pourront être annulés à raison du seul défaut de qualité des personnes qui les ont reçus, pourvu que ces personnes aient eu, à ce moment, l'exercice public des fonctions municipales ou de celles d'officier de l'état civil, à quelque titre et sous quelque nom que ce soit (3). »

(1) Bastia, 24 janv. 1846, S. 47, 2, 110.
(2) V. Valabrègue, *Revue critique*, 1890, p. 53 et suiv.
(3) *Adde* L. 4 avril 1873 pour la ville de Lyon. Une circulaire du

Il est vrai que cette loi ne s'appliquait pas aux actes reçus à Paris et dans les autres communes du département de la Seine, entre le 18 mars et le 19 juillet 1871, période de la Commune insurrectionnelle (art. 2 de la loi du 6 janvier 1872). Le sort de ces actes était régi par la loi du 19 juillet 1871. En vertu de cette loi, ces actes devaient être biffés et rédigés à nouveau. Mais les mariages qui avaient été ainsi irrégulièrement constatés restèrent valables. Cela fut formellement entendu. Pour que cette pensée apparut avec plus de clarté, la commission chargée par l'Assemblée nationale d'étudier le projet de loi, proposa d'apporter une modification au texte qui était ainsi conçu :

« Art. 1er. Les actes de l'état civil reçus depuis le 18 mars 1871, à Paris et dans les autres communes du département de la Seine, les mentions inscrites depuis la même époque en marge des registres, par tous autres que les officiers publics, seront *nuls*. »

La commission remplaça ces mots : *seront nuls*, par ceux-ci : *seront bâtonnés*, et cette modification passa dans le texte lui-même.

« La commission a pensé, dit le rapport, que des époux qui étaient venus contracter mariage dans le lieu ordinaire de ces cérémonies, à la mairie, en présence de ce qui leur paraissait être un officier public, ne pouvaient pas être autorisés un seul moment à se croire dégagés de la foi qu'ils s'étaient donnée, et elle s'est rappelée l'arrêt si sage rendu par la Cour de Bastia à la suite d'une révolte qui avait, pendant de longs mois, tenu plusieurs villages isolés de toute autorité légale..... C'est pour des raisons pareilles que la commission, s'attachant avant tout à ce qui est la pensée du

22 avril 1871 avait, à tort, déclaré nuls les actes reçus, durant l'occupation allemande, par les maires ou adjoints provisoires désignés par quelques conseils municipaux de communes envahies.

gouvernement et l'objet de la loi, a supprimé la mention de nullité dans l'art. 1er, et se borne à dire, en retranchant trois mots : les actes de l'état civil..... seront *bâtonnés* »

Voyons maintenant comment doivent être remplies les fonctions d'officier de l'état civil?

312. L'officier de l'état civil ne pouvant procéder à la réception des actes auxquels il est préposé qu'en présence de témoins, il en résulte que sa personnalité est forcément distincte de celle des témoins eux-mêmes. Il ne pourrait donc remplir à la fois le rôle d'officier public et celui de témoin. Sa personnalité, dans la constatation des mariages, demeure également distincte de celle des deux conjoints, puisqu'il doit leur faire certaines lectures, et adresser certaines interpellations (Voy. art. 75, C. C.), il ne pourrait donc célébrer son propre mariage. Mais, en l'absence de textes législatifs sur ce point, rien ne s'oppose à ce qu'un officier de l'état civil dresse les actes de naissance, de mariage ou de décès de ses parents ou alliés, et même de ses propres enfants (1).

Les officiers de l'état civil ne peuvent dresser d'office les actes à la réception desquels ils sont préposés. Ils doivent attendre les déclarations des intéressés, et accomplir alors leur mission, sans pouvoir être personnellement récusés.

Si l'officier de l'état civil refuse de dresser un acte ou de recevoir une déclaration, les parties pourront l'assigner en justice par la voie ordinaire de l'ajournement; le jugement obtenu sera inscrit sur les registres et tiendra lieu de l'acte lui-même (2).

313. La loi a tracé de la manière suivante les règles générales qui doivent être observées pour la rédaction des actes de l'état civil :

(1) Orléans, 30 août 1849, S. 49, 2, 562; Aubry et Rau, t. I, § 56, etc.
(2) Pau, 16 mai 1853, S. 53, 2, 491.

ART. 34. Les actes de l'état civil énonceront l'année, le jour et l'heure où ils seront reçus, les prénoms, noms, âge, profession et domicile de tous ceux qui y seront dénommés.

L'indication de la date précise à laquelle l'acte a été reçu est une mesure d'ordre, ne produisant d'effet utile qu'à l'égard des mariages, en marquant le moment où commence l'incapacité de la femme.

La nécessité d'énoncer le jour et l'année implique l'obligation d'énoncer le mois.

Toutes ces indications doivent être reproduites pour chacun des actes reçus le même jour.

Les autres énonciations relatives aux noms, à l'âge, etc., ont pour but d'établir l'identité des personnes *dénommées dans l'acte*, dit le texte de l'art. 34. Néanmoins la nécessité d'indiquer l'âge ne saurait s'appliquer à l'officier de l'état civil lui-même, ni au notaire rédacteur du contrat de mariage. Quant au domicile, il est reconnu qu'il s'agit plutôt de la résidence ou domicile de fait, que du domicile légal tel qu'il est déterminé par les art. 102 et suiv. du Code civil.

314. La loi s'occupe ensuite de ce qui doit être inséré dans l'acte :

ART. 35. Les officiers de l'état civil ne pourront rien insérer dans les actes qu'ils recevront, soit par note, soit par énonciation quelconque, que ce qui doit être déclaré par les comparants.

Il y a donc pour chaque acte, suivant le but qu'il est destiné à atteindre, des faits ou circonstances qui *doivent être déclarés* par les comparants, et dont l'omission, par conséquent, empêcherait l'acte d'atteindre le but envisagé.

Si les comparants font, à cet égard, des déclarations insuffisantes ou incomplètes, l'officier de l'état civil ne sort pas du rôle passif qui doit être le sien, en demandant aux déclarants des éclaircissements complémentaires. Si les parties ne peuvent ou ne veulent pas fournir ces éclaircissements, l'officier de l'état civil ne pourrait y suppléer par la connaissance

personnelle qu'il en aurait (1). Mais pourrait-il alléguer cette même connaissance personnelle pour refuser d'insérer dans l'acte certaines indications qu'il sait, ou croit savoir, ou prétend savoir être contraires à la vérité? Quelques auteurs l'ont admis (2). Cette décision paraît arbitraire et en contradiction avec celle qui précède dont l'exactitude est incontestable.

La première règle à déduire des précisions ci-dessus, peut donc être ainsi formulée :

L'officier de l'état civil ne doit insérer dans l'acte que ce qui lui a été déclaré par les comparants.

Mais doit-il insérer *tout ce que* les comparants ont déclaré? Évidemment non. L'officier de l'état civil doit insérer dans l'acte les seules déclarations que les parties ont pu *légalement* lui faire pour atteindre directement le but de l'acte lui-même. Ainsi, par exemple, il doit s'abstenir de toute énonciation qui tendrait à constater une filiation adultérine ou incestueuse, quand même les comparants auraient produit eux-mêmes les éléments de telles énonciations.

Les déclarations *superflues* insérées dans un acte ne sauraient, à elles seules, en entraîner la nullité (3); mais elles pourraient engager la responsabilité pécuniaire de l'officier de l'état civil envers les personnes à qui ces déclarations seraient de nature à porter préjudice.

315. L'acte doit encore contenir la mention expresse de toutes les pièces justificatives que les parties ont dû produire notamment des procurations.

En effet :

Art. 36. Dans les cas où les parties intéressées ne seront point obligées de comparaître en personne, elles pourront se faire représenter par un fondé de procuration spéciale et authentique.

(1) Laurent, t. II, n° 18.

(2) Desclozeau, *Encyclop. du dr.*, n° 28; Mersier, *Actes de l'état civ.*, n° 44.

(3) Angers, 25 mai 1822, D. *Rép.*, v° *Actes de l'état civ.*, n° 410.

Les *déclarants* ou *comparants* sont ceux qui font connaitre à l'officier de l'état civil le fait que l'acte doit constater.

Les *parties intéressées* sont celles que l'acte concerne.

Toute personne moralement capable de rendre un témoignage digne de foi peut être *déclarant* devant l'officier de l'état civil. La loi n'avait donc à exiger de la part des comparants ou déclarants aucune condition particulière d'aptitude. Les femmes, les mineurs, les étrangers peuvent donc être déclarants. En fait, cependant, il n'y a que les actes de naissance qui donnent à des femmes ou à des mineurs l'occasion de jouer le rôle de déclarant.

Dans l'état actuel de la législation, le mariage est le seul acte intéressant l'état civil pour lequel la présence personnelle des parties est indispensable. Pour tous les autres actes les parties peuvent se faire représenter par un tiers porteur de leur procuration *spéciale* et *authentique*.

L'art. 36 ne donne textuellement ce droit qu'aux *parties intéressées;* mais il résulte des termes de l'art. 38 ci-après, que les comparants ont le même droit, mais non les témoins.

316. Le rôle des témoins consiste à certifier et corroborer l'exactitude des déclarations faites par les comparants et à assister l'officier de l'état civil, de manière à rendre plus difficile, par leur présence, les fraudes ou irrégularités que ce dernier pourrait être tenté de commettre. Ce rôle est tout à fait personnel et ne saurait être délégué à un procureur fondé. C'est pour ce motif que l'art. 38 impliquant la possibilité de la représentation des comparants par un mandataire, ne l'implique pas pour les témoins.

ART. 37. Les témoins produits aux actes de l'état civil ne pourront être que du sexe masculin, âgés de vingt-et-un ans au moins, parents ou autres; et ils seront choisis par les personnes intéressées.

Les témoins doivent donc être âgés de vingt-et-un ans, au moins, ce qui ne veut pas dire majeurs. Ils peuvent en effet être étrangers, et dans certains pays la majorité est plus re-

culée qu'en France. Mais ils doivent être du sexe masculin. Pourquoi? Serait-ce parce que leur rôle consistant à assister l'officier public, ils remplissent ainsi une sorte de fonction publique dont les femmes doivent être reconnues incapables? La raison serait empruntée à un ordre d'idées bien suranné. Aussi ne voyons-nous pas de motif sérieux pour maintenir dans le Code l'exclusion prononcée contre les femmes. Déjà, en Italie, en janvier 1877, une loi a été votée déclarant abrogées toutes les dispositions légales excluant les femmes du droit de servir de témoins dans tous les actes publics ou privés (1).

Les interdits et les individus privés de l'exercice de leurs droits civils et de famille ne peuvent être témoins dans un acte de l'état civil. Les sourds-muets et les aveugles se trouvent dans l'impossibilité physique de prester comme témoins une assistance utile à l'officier de l'état civil.

Les témoins sont choisis par les personnes intéressées ou par les déclarants, sinon par l'officier de l'état civil lui-même.

L'impossibilité de trouver des témoins ne devra pas empêcher l'officier de l'état civil de dresser l'acte, sauf aux parties, et même au ministère public, à demander ensuite aux tribunaux la régularisation juridique de l'acte. Il suit de là que, suivant une jurisprudence constante et qui remonte jusqu'aux anciens parlements, l'absence de témoins, dans un acte de l'état civil, n'est pas une cause de nullité (2) ; à plus forte raison la simple omission de leur signature.

317.

ART 38. L'officier de l'état civil donnera lecture des actes aux parties comparantes ou à leur fondé de procuration et aux témoins. Il y sera fait mention de cette formalité.

L'absence complète de signature de la part de l'officier pu-

(1) Une proposition dans le même sens a été déposée à la Chambre des députés dans la séance du 17 février 1887.

(2) MERLIN, *Rép.* v° *Mariage*, Sect. IV, § 3; Grenoble 27 fév. 1817, D. *Rec. alph*, 10, 104.

blic enlèverait à l'acte tout caractère d'athenticité. Le but de l'acte serait manqué. Mais le défaut de signature de la part des comparants dans un acte de l'état civil ne saurait, en thèse générale, entraîner la nullité de cet acte. Les juges doivent avoir, en pareille matière, une certaine latitude d'appréciation (1). Mais si l'acte peut être maintenu, malgré le refus du déclarant d'apposer sa signature, quant au fait qu'il a pour but de constater, par exemple une naissance, il n'en sera pas de même quant à la reconnaissance de paternité naturelle qu'on prétendrait en faire résulter (2).

ART. 39. Ces actes seront signés par l'officier de l'état civil, par les comparants et les témoins, ou mention sera faite de la cause qui empêchera les comparants et les témoins de signer.

ART. 40. Les actes de l'état civil seront inscrits, dans chaque commune, sur un ou plusieurs registres tenus doubles.

ART. 41. Les registres seront cotés par première et dernière, et paraphés sur chaque feuille, par le président du tribunal de première instance, ou par le juge qui le remplacera.

ART. 42. Les actes seront inscrits sur les registres de suite, sans aucun blanc. Les ratures et les renvois seront approuvés et signés de la même manière que le corps de l'acte. Il n'y sera rien écrit par abréviation, et aucune date ne sera mise en chiffres.

ART. 43. Les registres seront clos et arrêtés par l'officier de l'état civil, à la fin de chaque année; et dans le mois, l'un des doubles sera déposé aux archives de la commune, l'autre au greffe du tribunal de première instance.

ART. 44. Les procurations et les autres pièces qui doivent demeurer annexées aux actes de l'état civil seront déposées, après qu'elles auront été paraphées par la personne qui les aura produites et par l'officier de l'état civil, au greffe du tribunal, avec le double des registres dont le dépôt doit avoir lieu audit greffe.

318. Les registres de l'état civil sont publics en ce sens que toute personne a le droit d'obtenir communication des renseignements qui y sont contenus. Cette communication ne peut évidemment se produire dans la forme d'une manutention matérielle des registres. Les fonctionnaires publics autorisés, tels que les procureurs de la République (art. 53, C. C.) et les fonctionnaires de l'enregistrement (L. 22 frim. an VII, art. 52, 54); ou les préfets (Circ. 29 mars 1806),

(1) Cass. 28 nov. 1876, S. 77, 1, 172 et la note.
(2) Douai, 21 déc. 1885, S. 86, 2, 151.

peuvent seuls obtenir communication des registres. Les particuliers ne le pourraient qu'en vertu d'une décision judiciaire (1). La publicité normale résulte à leur égard de la faculté d'obtenir un extrait des registres contenant copie entière de l'acte dont la connaissance les intéresse.

ART. 45 Toute personne pourra se faire délivrer, par les dépositaires des registres de l'état civil, des extraits de ces registres. Les extraits délivrés conformes aux registres, et légalisés par le président du tribunal de 1re instance, ou par le juge qui le remplacera, feront foi jusqu'à inscription de faux.

319. Les extraits des registres ne sont que des copies des actes contenus dans ces registres. Or, d'après l'art. 1334, C. C., les copies, lorsque le titre original subsiste, n'ont pas de force probante particulière, et la représentation de l'original peut toujours être exigée. Mais l'art. 45 ci-dessus a précisément pour effet de rendre la disposition de l'art. 1334 inapplicable aux actes de l'état civil, en accordant aux extraits délivrés conformes aux registres, la même foi qu'aux actes eux-mêmes quand il n'est invoqué aucune circonstance pouvant faire douter de leur conformité avec l'original, quand même il s'agirait de titres étrangers (2).

Les extraits conformes aux registres font donc foi jusqu'à inscription de faux de ce qu'ils contiennent, mais font-ils également foi jusqu'à inscription de faux de leur conformité avec les registres; ne pourrait-on pas, sans recourir à la procédure exceptionnelle de l'inscription de faux, prouver, par un simple compulsoire, que l'extrait n'est pas conforme à l'acte inscrit sur le registre? Quelques auteurs l'ont pensé (3). Mais cette solution est difficile à admettre, car l'officier de l'état civil, en certifiant que l'extrait est conforme aux registre, atteste un fait qu'il affirme avoir personnelle-

(1) Bordeaux, 30 août 1880, S. 81, 2, 50.

(2) Limoges, 17 fév. 1845, sous Cass. 9 nov. 1846, S. 47, 1, 55; AUBRY et RAU, § 65; LAURENT, t. II, n° 37.

(3) Notamm. LAURENT, *loc. cit.*

ment contrôlé et à la constatation duquel il est préposé.

L'extrait fait foi, sans légalisation, dans l'étendue de l'arrondissement où il a été délivré. La légalisation n'est nécessaire que pour les extraits produits au dehors; elle atteste la compétence de l'officier public qui les a délivrés, mais n'ajoute rien à l'authenticité qui dérive uniquement de la signature de l'officier public.

Étant démontré que les extraits réguliers doivent avoir la même forme probante que les actes, il faut maintenant rechercher quelle est la force probante des actes eux-mêmes.

320. Les actes de l'état civil prouvent jusqu'à inscription de faux les faits que l'officier public a constatés par lui-même dans le cercle des attributions qui lui ont été départies par la loi.

De là il suit :

1° Que les énonciations relatives à des faits non constatés par l'officier public lui-même, et résultant seulement des déclarations faites par les comparants, peuvent être détruites par la preuve contraire;

2° Que les énonciations relatives à des faits que l'officier public n'avait pas mission de constater et ne devait pas constater, sont destituées de toute valeur et tombent devant la simple dénégation des intéressés.

Pour qu'un acte de l'état civil, dans les limites résultant des précisions qui viennent d'être faites, obtienne force probante jusqu'à inscription de faux, il est nécessaire qu'il soit régulier, c'est-à-dire qu'il ait été dressé conformément aux règles *générales* et *spéciales* qui le concernent. Que faudra-t-il décider lorsqu'une de ces règles aura été violée? La force probante résultant de l'authenticité de l'acte sera-t-elle toujours amoindrie ou détruite? La difficulté provient de ce que le Code ne s'est pas expliqué sur les conséquences de l'inobservation de telle ou telle règle. Pour la résoudre, il faudra s'occuper du but *spécial* de l'acte, et déterminer, d'après ce

but, quelles sont les règles dont l'inobservation peut empêcher qu'il soit atteint. Ces règles ou formalités sont *substantielles;* leur omission doit entraîner la nullité de l'acte, quoique cette nullité ne soit pas textuellement prononcée.

Les règles au contraire dont l'inobservation n'empêche pas que le but spécial de l'acte soit atteint, n'étant pas substantielles, leur violation n'entraînera la nullité de l'acte, que si cette nullité est formellement prononcée par la loi; ainsi, l'acte de naissance qui n'indiquera pas le lieu de l'accouchement, dont la mention est cependant exigée par l'article 57, ne perdra pas pour cela sa force probante quant au fait de la naissance.

Nous aurons à faire ultérieurement l'application distributive aux divers actes de l'état civil, des distinctions que nous venons d'établir.

§ 2. — Inexistence ou perte des registres.

321. — L'art. 46 n'est pas limitatif.
322. — L'art. 46 exige : 1° Une preuve *préalable;* 2° une preuve *subséquente.*
323. — Cette exigence est souvent méconnue, par exemple en cas *d'omission;*
324. — Suite.
325. — Des actes rédigés sur une feuille volante; résumé.
326. — Comment doivent se faire la preuve *préalable* et la preuve *subséquente.*

321. Les règles exposées jusqu'à ce moment supposent toutes : d'abord qu'un acte de l'état civil a été rédigé; en second lieu que cet acte existe encore, et enfin que les constatations qu'il contient sont conformes à la réalité des faits.

Mais que faudra-t-il décider :

1° Lorsqu'il n'a point existé de registres;

2° Lorsqu'ils ont été perdus;

3° Quand il y a lieu de rectifier les actes de l'état civil existant.

L'art. 46 régit les deux premières hypothèses :

ART. 46. Lorsqu'il n'aura pas existé de registres ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins; et dans ces cas, les mariages, naissances et décès pourront être prouvés tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés, que par témoins (*).

Les deux hypothèses textuellement prévues par l'art. 46 comprennent virtuellement celles où les registres ont été *mal* tenus, sans ordre, de mémoire, etc., et celles encore où leur destruction n'a été que partielle. Il est en effet certain que l'art. 46 n'est pas limitatif, et peut être étendu à d'autres cas que ceux qu'il prévoit expressément à titre d'exemple (1).

322. Il importe d'abord de mettre en relief l'économie de l'art. 46.

D'après la règle générale, les naissances, mariages et décès ne peuvent être prouvés que par des actes inscrits sur les registres de l'état civil. Mais il peut arriver que, par suite de l'un des événements qui viennent d'être indiqués, un intéressé se trouve dans l'*impossibilité* de produire un acte probant; dans ce cas il faut nécessairement l'autoriser à recourir à un autre genre de preuve, c'est-à-dire à la preuve testimoniale, puisque la preuve écrite lui manque, sans qu'il y ait de sa faute.

Il faut cependant remarquer que l'art. 46, dans tous les cas auxquels il s'applique, n'admet jamais directement et d'emblée l'emploi de la preuve testimoniale pour établir les naissances, mariages et décès. Le demandeur devra d'abord et principalement prouver le fait d'où est dérivé pour lui l'*impossibilité* d'avoir en mains la preuve écrite de la naissance, du mariage, du décès allégué; il devra en d'autres termes prouver la perte, destruction ou inexistence des registres, ou tout autre événement pouvant être assimilé à la

(*) Art. 46. — L. 6, C. 4, 21, *De fide instrum.*
(1) Montpellier, 2 mars 1832, S. 32, 2, 610.

perte ou inexistence des registres et devant produire les mêmes effets.

C'est seulement lorsque cette première preuve aura été faite, et elle pourra avoir lieu par témoins, que le demandeur pourra être reçu à prouver la naissance, le mariage ou le décès allégué, *tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés, que par témoins.*

Par conséquent, le fonctionnement pratique de l'art. 46 se décompose en deux actes distincts :

1° Preuve préalable du fait entraînant l'*impossibilité* de produire l'acte de l'état civil ;

2° Preuve subséquente de la naissance, du mariage ou du décès allégué.

Or il résulte avec la dernière évidence des termes comme de l'esprit de l'art. 46 que cette double preuve doit être faite dans toutes circonstances où l'art. 46 sera jugé applicable, et qu'il n'existe et ne peut exister *aucune circonstance* dans laquelle les naissances, mariages et décès puissent être *directement* établis à l'aide des moyens exceptionnels autorisés par l'art. 46.

323. Lorsqu'on se trouve dans les cas textuellement prévus par l'art. 46, c'est-à-dire *lorsqu'il n'a pas existé de registres ou qu'ils ont été perdus*, l'emploi de la double preuve dont il vient d'être parlé va de soi, et ne comporte aucune difficulté. Mais lorsqu'on se trouve dans les cas assimilés par la jurisprudence à la perte ou à la non existence du registre, le langage des auteurs manque souvent d'une suffisante précision ; ils semblent perdre de vue la nécessité de la double preuve, et ils raisonnent comme s'il s'agissait uniquement de savoir si la preuve exceptionnellement autorisée par l'art. 46 est directement recevable.

Demolombe fournit un exemple singulier de ce raisonnement tronqué, dans la controverse relative au cas où le demandeur prétend qu'un acte qui l'intéresse a été omis dans

les registres d'ailleurs bien tenus, du moins en apparence.

« Si on appliquait dans ce cas l'art. 46, dit-il, la vérité est que les actes de l'état civil pourraient être toujours et indistinctement prouvés tant par titres que par témoins. Il est clair qu'il ne serait plus nécessaire de faire inscrire les actes sur les registres, *puisqu'il suffirait de soutenir qu'il y a eu omission pour être admis à prouver autrement le fait qui aurait dû être constaté.* Cela revient donc à dire que la preuve testimoniale pourrait être admise dans tous les cas; or c'est là le renversement complet de toute la théorie de la loi sur cette matière, théorie si sage, si prévoyante, réclamée par les plus puissantes considérations dans l'intérêt des familles et de la société. — Quand la loi admet par exception une autre preuve que celle résultant des actes inscrits sur les registres, *c'est qu'il y a déjà un fait prouvé, un fait matériel important*, savoir : l'inexistence ou la destruction des registres, qui rend vraisemblable la prétention de celui qui allègue que son titre a dû exister ou qu'il a été perdu sans sa faute; *mais il n'y a rien de pareil dans notre hypothèse* (1). »

Mais l'erreur consiste précisément à penser *qu'il n'y a rien de pareil dans l'hypothèse envisagée;* il y a au contraire le fait de *l'omission* qu'il ne suffit pas d'alléguer, mais qu'il faut prouver d'une manière principale, avant d'être admis à prouver le fait dont la constatation a été omise par l'officier de l'état civil. Ainsi, par exemple, dans une espèce jugée par la Cour de Gand (2), un mari avait déclaré le décès de sa femme, l'officier de l'état civil avait promis de dresser l'acte de décès, et en attendant avait délivré la permission d'inhumer. En réalité, cependant, l'acte de décès n'avait pas été rédigé. L'absence de cet acte rapprochée des faits ci-dessus cons-

(1) T. I, n° 324.
(2) 22 mai 1840, D. *Répert.*, v° *Actes de l'état civil*, n° 152.

tituait l'omission alléguée; mais il ne suffisait pas d'alléguer cette omission; il fallait commencer par prouver les faits d'où elle résultait, c'est-à-dire qu'une déclaration de décès avait été faite à l'officier de l'état civil, que ce dernier avait répondu qu'il allait rédiger l'acte, et qu'en attendant il avait délivré le permis d'inhumation, etc., ces faits une fois prouvés, c'est-à-dire l'omission étant établie, le demandeur devait être reçu à prouver ensuite par tous les moyens, le décès dont la constatation l'intéressait. Dans l'espèce précitée, la Cour de Gand a jugé que le permis d'inhumation délivré par l'officier de l'état civil était, en quelque sorte, un commencement de preuve par écrit rendant la demande probable et autorisant, par suite, l'admission de la preuve testimoniale. Au fond, la décision est bien rendue, mais elle paraît mal motivée; il valait mieux dire que la preuve testimoniale était admissible, conformément à l'article 46, parce que le fait de l'omission, assimilé à l'inexistence ou à la perte du registre, était d'ores et déjà établi.

M. Laurent paraît vouloir généraliser la considération qui sert de base à la Cour de Gand : « Il ne suffit pas, dit-il, qu'un individu vienne prétendre qu'un acte de l'état civil a été omis sur les registres pour que le juge lui permette la preuve par témoins. Non, il faut de graves probabilités. Où le magistrat les puise-t-il? tantôt dans des faits non contestés, tantôt dans des écrits. La garantie contre les abus que l'on redoute se trouve dans la prudence des tribunaux (1). » C'est purement l'arbitraire du juge substitué à la règle bien claire de l'art. 46. — Il faut que les faits d'ores et déjà reconnus ou préalablement établis puissent être considérés par le juge non pas seulement comme offrant une probabilité, même grave, mais comme constituant une omission imputable à l'officier de l'état civil, et assimilable à l'inexistence ou à la perte des registres.

(1) T. II, n° 51.

324. L'opinion soutenue par M. Laurent conduirait à admettre, *de plano*, la preuve par témoins, dans certaines circonstances données, et à justifier ainsi le raisonnement plus haut reproduit de Demolombe, que cependant il repousse. La solution doit, en effet, selon M. Laurent reproduisant certaines paroles de Thibaudeau au Conseil d'Etat, dépendre des circonstances : « Or, les circonstances, dit-il, peuvent être telles qu'il serait inique de refuser la preuve par témoins. Un homme disparaît dans la guerre de la Vendée alors que l'insurrection est dans toute sa fureur. N'admettra-t-on pas la preuve du décès par témoins ? La guerre civile *qui sévit et qui moissonne les Vendéens* n'est-elle pas une probabilité aussi grande pour le demandeur que l'inexistence ou la perte des registres ? Il y a donc nécessité et il y a probabilité. Dès lors, on est dans l'esprit de l'art. 46 (1). » Rien de plus inexact ; il n'y a ni nécessité, ni surtout probabilité. On suppose, en effet, que malgré la guerre civile *qui sévit et moissonne*, les registres ont été régulièrement tenus, et existent dans leur intégrité, car autrement la question ne pourrait pas se présenter. La probabilité est donc que tous les faits intéressant l'état civil ont été constatés régulièrement, *sauf les cas particuliers d'omission.* Or, l'esprit de l'art. 46 veut que l'omission soit préalablement établie.

325. Que faut-il décider lorsque les registres ayant été bien tenus, on présente un acte inscrit sur une feuille volante? La preuve exceptionnelle autorisée par l'art. 46 pourra-t-elle être admise? La controverse porte d'abord sur le point de savoir quelle est la valeur de cette feuille volante. Pour ceux qui admettent que l'acte inscrit sur une feuille volante n'est pas nécessairement nul, qu'il peut même quelquefois faire preuve complète, comme si, par exemple, il s'agissait d'un acte de mariage signé des époux et suivi de la possession

(1) *Loc. cit.*

d'état, la question examinée n'a pas lieu d'être posée. Dans cette opinion, en effet, les parties intéressées n'auraient qu'à obtenir un simple jugement de rectification ordonnant la transcription de l'acte sur les registres pour y tenir lieu, à l'avenir, d'acte régulièrement dressé. La question ne peut donc être posée que dans l'opinion soutenant que l'acte inscrit sur une feuille volante doit être considéré comme inexistant. Or, dans ces conditions, le seul fait de présenter un acte inscrit sur une feuille volante, sort manifestement des termes de l'art. 46, et par conséquent ne saurait, à lui seul, autoriser l'emploi de la preuve exceptionnelle permise par cet article.

On ne pourra adopter une solution différente que pour les hypothèses où il sera possible de faire rentrer le cas de la feuille volante dans celui d'omission que nous venons d'examiner. M. Laurent soutient que, dans l'espèce, il n'y a pas d'omission preprement dite, attendu que *l'omission suppose que rien n'a été fait*, alors que, cependant, l'officier public a fait quelque chose, qu'il a rédigé un acte, que seulement cet acte est irrégulier (1). Il nous semble que l'omission ne doit pas être ainsi comprise : les actes doivent être inscrits sur les registres de l'état civil. Or l'acte au sujet duquel l'officier de l'état civil a reçu les déclarations prescrites par la loi, et qui n'a pas été inscrit sur les registres de l'état civil, est un acte *omis* dans le sens le plus certain et le plus indiscutable de l'expression. Il importe peu que l'officier de l'état civil ait consigné sur une feuille volante, à titre de *note* ou de *memento* ou même d'acte définitif, les diverses déclarations qui lui ont été faites, cette circonstance ne peut rien enlever à *l'omission sur le registre* qui, pour les parties intéressées, équivaut à un cas de perte ou d'inexistence des registres. Mais la preuve de l'omission ne saurait résulter de la produc-

(1) T. II, n° 52.

tion seule de la feuille volante dont il s'agit, pièce équivoque, d'un caractère douteux et qui pourrait avoir été fabriquée; la preuve ne pourra résulter que de la justification nettement établie du fait des déclarations légales adressées à l'officier de l'état civil. Seulement la production de la feuille volante, les énonciations qui y sont contenues, et surtout les circonstances qui ont entouré sa découverte pourront fournir au juge du fait des éléments très importants pour l'appréciation du point de savoir s'il y a eu omission.

En résumé, notre doctrine consiste à toujours distinguer, comme le veut l'art. 46 entre la preuve préalable des circonstances qui rendent impossible la représentation d'un acte de l'état civil, et la preuve subséquente du fait allégué. Mais il n'est pas nécessaire que ces deux preuves fassent l'objet de deux jugements distincts. Les juges peuvent, par un seul et même jugement, si les circonstances le permettent, déclarer constants et avérés les faits assimilés à la perte ou à l'inexistence des registres, et admettre en conséquence le demandeur à prouver la naissance, le mariage ou le décès allégués.

326. Si le fait de la perte ou de l'inexistence des registres n'était pas d'ores et déjà établi, les tribunaux ne sauraient, sans excès de pouvoir, refuser à la partie qui l'allègue l'autorisation de le prouver (1); il s'agit dans ce cas de la preuve préalable et au point de vue de cette preuve les faits de perte, d'inexistence ou d'omission sont toujours pertinents.

D'après le texte de l'art. 46, cette preuve préalable pourra se faire tant par titres que par témoins.

En ce qui touche la preuve subséquente, les tribunaux sont juges souverains de la pertinence ou de la non-pertinence des faits allégués, sauf pour la Cour de cassation le

(1) Cass. 12 décembre 1827, D. 28, 1, 55; Voy. cep. Cass. 20 mars 1838, J. P. 38, II, 245.

droit de vérifier si cette preuve est ou non admissible dans l'hypothèse qui se présente, telle qu'elle résulte des constatations de l'arrêt (1).

La preuve subséquente des naissances, mariages et décès pourra être établie, dit l'art. 46, « tant par les registres émanés des père et mère décédés, que par témoins. »

Il faut d'abord remarquer que ces deux genres de preuve ne sont pas cumulativement exigés. Les parties agiront à cet égard comme elles le pourront ou comme elles croiront devoir le faire, et les juges apprécieront. Ainsi il pourra arriver que les parties ayant d'abord produit des documents écrits considérés par elles comme probants, les juges croient devoir ordonner une enquête, et réciproquement il pourra arriver que les résultats d'une enquête aient besoin d'être ensuite corroborés par des documents écrits (2).

Les documents émanés des père et mère décédés ont une force particulière probante tirée surtout de ce qu'ils ne peuvent être considérés comme ayant été rédigés pour les besoins de la cause. C'est pour ce motif, probablement, que l'art. 46 les mentionne spécialement; ce n'est pas pour exclure toute autre preuve littérale; par conséquent les écrits émanant de personnes autres que les père et mère décédés pourront être accueillis par les tribunaux pourvu qu'ils aient date certaine (4).

§ 3. — Des actes de l'état civil en pays étranger ou dans les colonies françaises.

327. — De la preuve des faits intéressant l'état civil qui se sont produits sous l'empire d'une loi étrangère, art. 47.

(1) Cass. 8 août 1864, D. 64, 1, 475.

(2) Voy. Cass. 9 juillet 1873, S. 73, 1, 404; 22 août 1864, S. 64, 1, 407.

(3) Cass. 10 juin 1833, S. 33, 1, 704; 18 déc. 1838, S. 39, 1, 34; Laurent, t. II, n° 46.

328. — Des actes dressés à l'étranger par les agents diplomatiques ou consulaires français.
329. — Traités diplomatiques relatifs à la communication réciproque des actes de l'état civil.
330. — Organisation de l'état civil dans les colonies et en Algérie.

327.

ART. 47. Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi s'il a été rédigé dans les formes usitées par ledit pays (*).

Cette disposition, en tant qu'elle concerne d'abord les Français, est une application de la règle *locus regit actum*.

Mais du moment que, dans l'intérêt des Français on reconnaissait ainsi une force probante à des actes rédigés à l'étranger par une autorité étrangère et ayant pour objet la constatation des naissances, mariages ou décès de Français, la logique voulait que la même force probante fût accordée à ces mêmes actes quand ils constataient des naissances, mariages ou décès des étrangers. Il est d'ailleurs reconnu que, d'une manière générale, l'admissibilité d'un mode de preuve est déterminée par la loi du pays où s'est passé le fait juridique qu'il s'agit d'établir (V. ci-dessus, nº 174).

De tout celà il suit que l'art. 47 a une portée générale d'application, et n'est pas fait seulement pour le cas où il existe un acte de l'état civil *rédigé* à l'étranger par une autorité étrangère.

Quand un tel acte existe, il faut, pour qu'il soit valable, qu'il ait été rédigé par l'officier compétent. Dans certains pays, par conséquent, cet officier pourra être un prêtre (1); dans d'autres pays au contraire, en Egypte par exemple, les registres tenus par les prêtres ne sont que des actes privés destitués de toute force probante (2).

(*) Art. 47. — Arg. L. 1, *in fine*, D. 22, 5, *De test.*; L. 1, C. 8, 49, *De emancip. lib.*; L. 1 § ult., D. 25, 4, *De insp. ventre*.

(1) Aix, 20 mars 1862, S. 62, 2, 387; Paris, 2 août 1876, S. 79, 2, 250.

(2) Metz, 2 juin 1814, S. Chr.

Lorsque dans le pays où le fait s'est accompli, il existe des registres destinés à constater l'état civil des personnes, cet état ne peut, en principe, être prouvé que par la représentation d'un extrait de ces registres, lequel ne pourrait être remplacé par un certificat de notoriété (1), ni par la preuve testimoniale à moins que la loi sous l'empire de laquelle le fait s'est produit n'autorise cette preuve, comme par exemple la loi anglaise (2).

S'il n'existe pas de registre de l'état civil dans le pays où le fait s'est passé, les naissances, mariages ou décès pourront être prouvés par témoins, et même par des registres et papiers domestiques. Il y a en effet identité de situation entre cette hypothèse, et celles que prévoit l'art. 46 (3). Il en sera de même si les registres ont été détruits (4).

328. L'obligation pour les Français d'observer à l'étranger la loi étrangère pour la constatation des faits intéressant l'état civil, tient uniquement à l'impossibilité de se conformer à la loi française. Or, cette impossibilité peut disparaître dans les lieux où le gouvernement français est représenté par des agents diplomatiques ou consulaires. Ces agents ont été investis, au point de vue qui nous occupe, d'une compétence spéciale :

ART. 48. Tout acte de l'état civil des Français en pays étranger sera valable, s'il a été reçu, conformément aux lois françaises par les agents diplomatiques ou par les consuls.

La règle *locus regit actum* est donc devenue simplement facultative dans les lieux où résident les agents français. (V. ci-dessus, nos 70 et 72). Les Français ont par suite le choix entre l'application de l'art. 47 ou l'application de l'ar-

(1) Cass. 23 décembre 1837, S. 38, 1, 545; Cass. 9 juillet 1873, S. 73, 1, 904.

(2) Bruxelles, 11 mai 1874, *Pasicr. belge*, 74, 2, 413.

(3) Voy. Cass. 8 juillet 1886, S. 87, 1, 449, note.

(4) Martinique, 18 mai 1878, S. 78, 2, 238 ; Bordeaux, 26 mars 1878, S. 78, 1, 204.

ticle 48 (1). Mais il est aujourd'hui reconnu que la compétence des agents français doit être restreinte aux actes intéressant les Français seuls ; ils n'auraient donc pas qualité pour constater les mariages entre Français et étrangères, et réciproquement (2).

L'ordonnance du 22 novembre 1833 a pris soin de rendre applicables aux actes dressés par les agents diplomatiques et consuls français à l'étranger les règles et formes concernant la réception des actes de l'état civil en France (art. 1). Les expéditions de ces actes faites par les chanceliers et visées par les consuls font la même foi que celles qui sont délivrées en France par les dépositaires de l'état civil (art. 3).

Les agents français doivent transmettre une expédition de chacun des actes reçus par eux au ministre des affaires étrangères, qui la fait parvenir à l'officier de l'état civil du domicile de la partie intéressée, pour en opérer la transcription sur les registres locaux. Dans ce cas la transcription est de droit. Quant aux actes passés à l'étranger devant une autorité étrangère, ils doivent aussi être transcrits sur les registres de la commune de l'intéressé ; l'officier de l'état civil ne peut s'y refuser, sauf à soumettre au procureur de la République l'expédition qui lui est communiquée, s'il a des doutes sur son authenticité (3).

Nous examinerons en son lieu la disposition particulière de l'art. 171, C. C., concernant la transcription des actes de mariage.

329. Les transcriptions d'actes reçus par des officiers étrangers, ayant lieu sur l'initiative des parties intéressées, sont

(1) Aix, 20 mars 1862, S. 62, 2, 387.

(2) Bruxelles, 26 juillet 1853, *Pasicr. belge*, 54, 2, 54; Bruxelles, 8 nov. 1862, *Bel. jud.*, 63, 313; Paris, 6 avril 1869, D. 70, 2, 178; LAURENT, t. II, n° 11.

(3) Voy. Circ. 15 oct. 1814, 17 oct. 1818; Min. aff. étrang., 8 août 1814.

souvent faites tardivement et quelquefois omises. Aussi est-il intervenu entre la France et certaines puissances des conventions ayant pour objet la communication réciproque des actes de l'état civil intéressant leurs nationaux respectifs. Cette communication a pour résultat de rendre possible la transcription sur les registres, par voie administrative, et indépendamment de l'intervention des parties intéressées (1). Tous ces traités contiennent la clause que la délivrance ou l'acceptation des expéditions des actes dont il s'agit ne préjuge pas les questions de nationalité.

330. Dans les colonies de la Martinique, de la Guadeloupe, de la Réunion et du Sénégal, les actes de l'état civil sont dressés, comme en France, par les maires qui doivent se conformer aux règles édictées par le Code civil.

En Algérie il ne pouvait y avoir aucune difficulté à l'égard des Français résidant sur le territoire algérien. Le maire de la commune remplit à leur égard les fonctions d'officier de l'état civil.

A l'égard des indigènes il était plus difficile d'organiser la constatation de l'état civil par suite de cette circonstance que l'usage d'un nom patronymique pour distinguer les familles n'était pas généralement adopté dans la population musulmane. Il fallait donc tout d'abord constituer l'état civil des indigènes musulmans. La loi du 23 mars 1882 a prescrit dans ce but un recensement de la population indigène musulmane, dont le résultat a été l'attribution d'un nom patronymique à tout chef de famille ou à tout individu considéré comme tel (art. 1 à 15). En vertu de l'art. 16 de cette loi, les déclarations de naissance, de décès, de mariage et de divorce sont deve-

(1) Traité avec l'Italie du 13 janv. 1875 (*Officiel* du 22 février 1875); avec le Luxembourg du 14 juin 1875 (*Officiel* du 19 juin 1875); du 25 août 1876 avec la Belgique; du 24 mars 1881 avec la principauté de Monaco.

nues obligatoires pour les indigènes musulmans à partir du jour où l'usage du nom patronymique est devenu lui-même obligatoire. Les actes de naissance ou de décès concernant les indigènes musulmans sont établis dans les formes prescrites par la loi française. Les actes de mariage et de divorce sont établis par une simple déclaration faite dans les trois jours à l'officier public, par le mari et par la femme, ou par le mari et par le représentant de la femme, aux termes de la loi musulmane, en présence de deux témoins (art. 17).

Inde. — Un décret du 24 avril 1880 relatif à l'organisation de l'état civil dans nos établissements de l'Inde, a déclaré applicable aux natifs le titre II du livre Ier du Code civil, sauf certaines modifications et réserves. Ainsi, les déclarations de naissance doivent être faites dans les dix jours de l'accouchement (art. 55) ; les déclarations de décès doivent être faites dans les huit jours (art. 78). — Le mariage célébré selon le culte brahmanique doit être déclaré dans les 15 jours de la célébration.

Parmi les dispositions nouvelles qu'il faut citer relatives à l'état civil dans les colonies, on trouve :

Un décret du 12 février 1874 qui charge le directeur de l'administration pénitentiaire de la Nouvelle-Calédonie de tenir l'état civil des condamnés, et un autre décret du 3 octobre 1883 (D. 84, 4, 77), relatif à l'état civil des Annamites en Cochinchine. Mentionnons encore, pour le Congo français, un décret du 28 juin 1889 (*Off.* 29 juin 1889) attribuant les fonctions d'officiers de l'état civil, à des officiers ou agents désignés par le commissaire du gouvernement.

§ 4. — De la responsabilité des officiers de l'état civil.

Art. 49 à 54 ; — Responsabilité pénale et pécuniaire.

331. Les autres dispositions générales qui nous restent à examiner ont trait : soit aux règles à suivre pour assurer la

conservation des documents qui complètent ou modifient un acte de l'état civil, soit aux règles concernant la responsabilité civile ou pénale de l'officier public en cas d'infraction aux prescriptions de la loi.

Art. 49. Dans tous les cas où la mention d'un acte relatif à l'état civil devra avoir lieu en marge d'un autre acte déjà inscrit, elle sera faite à la requête des parties intéressées, par l'officier de l'état civil, sur les registres courants ou sur ceux qui auront été déposés aux archives de la commune, et par le greffier du tribunal de première instance, sur les registres déposés au greffe; à l'effet de quoi l'officier de l'état civil en donnera avis, dans les trois jours, au procureur de la République près ledit tribunal, qui veillera à ce que la mention soit faite d'une manière uniforme sur les deux registres.

Art. 50. Toute contravention aux articles précédents de la part des fonctionaires y dénommés, sera poursuivie devant le tribunal de première instance et punie d'une amende qui ne pourra excéder cent francs.

Art. 51. Tout dépositaire des registres sera civilement responsable des altérations qui y surviendront, sauf son recours, s'il y a lieu, contre les auteurs desdites altérations (*).

Art. 52. Toute altération, tout faux dans les actes de l'état civil, toute inscription de ces actes faite sur une feuille volante et autrement que sur les registres à ce destinés, donneront lieu aux dommages-intérêts des parties, sans préjudice des peines portées au Code pénal.

Art. 53. Le procureur de la République au tribunal de première instance sera tenu de vérifier l'état des registres lors du dépôt qui sera fait au greffe; il dressera un procès-verbal sommaire de la vérification, dénoncera les contraventions ou délits commis par les officiers de l'état civil, et requerra contre eux la condamnation aux amendes.

Art. 54. Dans tous les cas où un tribunal de première instance connaîtra des actes relatifs à l'état civil, les parties intéressées pourront se pourvoir contre le jugement.

Les dispositions qui précèdent établissent à la charge des officiers de l'état civil, une responsabilité tantôt pécuniaire, tantôt pénale.

Dans les cas de destruction ou altération des registre, l'officier de l'état civil peut être actionné en dommages-intérêts par les parties intéressées, lorsque cette destruction ou altération est le résultat de sa faute ou de sa négligence personnelle ou du fait d'un préposé dont il répond et qu'il devait surveiller.

(*) Art. 51. — Arg. L. 1 § 16, D. 16, 3, *Depos. vel cont.;* L. 42, D. 9, 2, *Ad leg. aquil.;* L. 18 § 1, D. 13, 6, *Comm. vel cont.*

Pour les cas de simple contravention aux art. 34 et suiv. l'officier de l'état civil est toujours passible de dommages-intérêts envers ceux à qui la contravention commise aura pu nuire, mais de plus il est punissable d'une amende qui ne peut excéder 100 fr. mais peut descendre jusqu'au taux minimum des amendes de simple police. Cette amende, quoique ayant un caractère correctionnel, est prononcée par la chambre civile du tribunal de 1re instance (1). L'action du ministère public ne se prescrit que par 30 ans comme pour les contraventions notariales (2).

Pour certaines contraventions, qui sont les plus graves, la loi pénale complétant le système de la loi civile, prononce contre l'officier de l'état civil la peine de l'amende et même celle de l'emprisonnement (Voy. art. 192, 193, 194 et 195, C. P.).

Enfin, si les altérations de nature à préjudicier à des tiers sont le résultat d'un fait intentionnel de la part de l'officier de l'état civil, les peines du faux seront applicables, toujours sans préjudice des dommages-intérêts de la partie lésée.

(1) Cons. d'Etat, avis des 30 nivôse-4 pluviôse an XII.
(2) Cass. 13 juin 1814, D. Rec. alph., 1, 380.

CHAPITRE II.

DES ACTES DE NAISSANCE.

332. — Art. 55. Quel est l'officier compétent?
333. — Délai de la déclaration.
334. — Déclarations tardives.
335. — Présentation de l'enfant à l'officier de l'état civil.
336. — Des enfants mort-nés.
337. — Art. 56; Des personnes tenues de faire les déclarations de naissance.
338. — Art. 57; Enonciations que doit contenir l'acte de naissance.
339. — Art. 58 à 61; Enfants trouvés, ou nés durant un voyage en mer.
340. — Art. 62; Enfants naturels reconnus.

332.

ART. 55. Les déclarations de naissance seront faites, dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu : l'enfant lui sera présenté (*).

L'officier compétent pour recevoir les déclarations de naissance est celui du lieu où l'accouchement s'est produit. Par conséquent si l'enfant est né sur un chemin, etc., c'est l'officier de la commune dans le territoire de laquelle se trouve le chemin qui sera compétent, et non l'officier de la commune où la mère a son domicile ou sa résidence.

Si l'enfant est né au cours d'un voyage en voiture, il y a possibilité de concevoir un arrêt immédiat du voyage, et la déclaration devra être faite à l'officier de l'état civil du lieu de l'accouchement.

Si l'accouchement s'est produit au cours d'un voyage sur une voie ferrée, hypothèse qui ne pouvait être envisagée par le Code civil, comme il n'est pas possible de concevoir l'arrêt immédiat du voyage, et que la mère, l'enfant et les témoins seront rapidement emportés loin du lieu de l'événement, le

(*) Art. 55. — Loi du 20 sept. 1792, tit. 3, art. 1 et 5.

vœu de la loi sera rempli si la naissance est déclarée au maire de la commune où l'accouchée aura pu interrompre son voyage.

333. L'acte de naissance ayant pour but principal de constater le moment précis où a commencé l'existence d'une personne, il va de soi que les déclarations servant de base à cet acte doivent se produire à une époque très rapprochée de l'accouchement. Ce délai qui est de trois jours, sauf pour les natifs de l'Inde à l'égard de qui il est de dix jours (Décret du 24 avril 1880, art. 55), est un délai franc, c'est-à-dire que le jour de l'accouchement ne compte pas dans les trois jours ; c'est du moins l'opinion qui a prévalu (1).

Ce délai qui est de rigueur s'applique, non seulement à la déclaration de la naissance, mais encore à l'inscription de l'acte lui-même sur les registres, puisque l'inscription des actes doit avoir lieu au moment même des déclarations.

Donc, si les personnes à qui la loi impose l'obligation de déclarer les naissances, laissent passer le délai légal et se présentent pour faire une déclaration tardive, l'officier de l'état civil doit refuser de la recevoir, et l'acte ne pourra plus être dressé qu'en vertu d'un jugement (2). C'est en conséquence de cette règle que la loi du 19 juillet 1871 relative au rétablissement des actes de l'état civil reçus à Paris par les officiers de la commune a décidé que : « Les naissances qui n'auraient pas été déclarées dans le délai de l'art. 55 du Code civil, ou dont les déclarations n'auraient pas été renouvelées dans le délai prescrit, ne pourront être constatées qu'un vertu de jugements rendus en chambre du conseil, à la requête soit du ministère public, soit des parties intéressées. » (art. 2).

De même, si l'officier de l'état civil ayant reçu la déclara-

(1) Voy. MERSIER, *Actes de l'état civil*, n° 56.

(2) Avis du Conseil d'État du 12 brum. an XI, observé quoique antérieur à la promulgation du Code, Circ. min. 22 mai 1822.

tion de naissance dans le délai légal ne l'avait pas immédiatement transcrite sur les registres, de façon que le délai de trois jours fut expiré, il ne pourrait être suppléé à l'acte que par un jugement (1), et l'officier de l'état civil devrait supporter les frais de la procédure, et, s'il y avait lieu, des dommages-intérêts (2).

Mais il faut bien comprendre la vraie signification de la règle rigoureuse posée par l'art. 55. Cette règle ne concerne pas l'acte de naissance lui-même; elle concerne seulement les personnes. Elle signifie :

1° Que ceux à qui la loi impose l'obligation de déclarer les naissances sont en faute, aussitôt que le délai de trois jours est expiré ;

2° Que l'officier de l'état civil a pour devoir strict de refuser toute déclaration qui se produirait tardivement, quand même le délai viendrait d'expirer seulement depuis quelques instants.

334. Mais si l'officier de l'état civil, au lieu d'appliquer avec cette rigueur stricte l'art. 55, recevait la déclaration après les trois jours, comment faudrait-il apprécier une telle situation?

D'abord, la réception de la déclaration après les trois jours ne mettrait pas les personnes tenues de faire la déclaration à l'abri des poursuites auxquelles elles se seraient exposées. Mais comme la loi ne parle pas de l'acte qui aura ainsi été dressé après une déclaration tardive, il n'est pas possible de déclarer que cet acte sera nécessairement nul. Les tribunaux auront donc à apprécier, d'après les circonstances, le degré de foi que l'acte pourra obtenir (3).

(1) Circ. min., 22 avril 1871, D. 71, 3, 40.

(2) Pau, 16 mai 1853, S. 53, 2, 491.

(3) Voy. notam. Demolombe, t. I, n° 292; Aubry et Rau, t. I, p. 204, texte et note 12.

335. L'officier de l'état civil, quand il dresse un acte de naissance, constate l'existence, à partir d'un certain moment, d'une personne déterminée. Pour que cette constatation soit sérieuse, l'enfant doit lui être présenté, de manière qu'il soit possible de vérifier s'il est ou non nouveau-né, quel est son sexe, s'il est vivant ou mort. Si le déplacement de l'enfant présentait quelque danger, l'officier de l'état civil, d'après la loi du 27 septembre 1792 « sera tenu, sur la réquisition qui lui en sera faite, de se transporter au lieu de l'accouchement, pour procéder à la constatation légale (1). »

A Paris et dans certaines villes, les naissances et les décès sont constatés à domicile par des « médecins de l'état civil » délégués par le maire ; ailleurs on remplace la présentation de l'enfant par un certificat du médecin ou de la sage-femme ayant assisté à l'accouchement ; ce n'est pas se conformer au vœu de la loi. Il arrive assez souvent dans les campagnes, où le fait d'une naissance est connu de tous, que l'officier de l'état civil n'hésite pas à dresser l'acte de naissance sans exiger que l'enfant lui soit préalablement présenté. C'est violer manifestement la loi ; mais l'acte de naissance dressé dans ces conditions n'est entaché d'aucune nullité.

336. La mort de l'enfant au moment de sa naissance ne saurait affranchir les personnes qui en sont tenues, de faire la déclaration de l'accouchement conformément à la loi. La circonstance que cette *déclaration de naissance* sera, en vertu du décret du 4 juillet 1806, inscrite sur le *registre des décès* ne modifie en rien les obligations relatives à la déclaration (2) ; en outre, il s'agira toujours d'une déclaration de naissance qui requiert la présence d'un déclarant et de deux témoins, et non d'une déclaration de décès pour laquelle deux témoins suffisent.

(1) Voy. Circ. min. intér., 9 avril 1870, D. 71, 3, 41.
(2) Cass. 27 juillet 1872, S. 72, 1, 397 et la note.

Ce cas est réglé par le décret précité du 4 juillet 1806, ainsi conçu :

« Art. 1er. Lorsque le cadavre d'un enfant, dont la naissance n'a pas été enregistrée, sera présenté à l'officier de l'état civil, cet officier n'exprimera pas que tel enfant est décédé, mais seulement qu'il lui a été présenté sans vie; il recevra de plus la déclaration des témoins touchant les noms, prénoms, qualités et demeure des père et mère de l'enfant, et la désignation des an, jour et heure auxquels l'enfant est sorti du sein de sa mère. »

« Art. 2. Cet acte sera inscrit à sa date sur les registres des décès, sans qu'il en résulte aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non. »

L'obligation de présenter l'enfant mort-né à l'officier de l'état civil doit être observée à quelqu'époque que la gestation soit parvenue pourvu qu'il s'agisse, non d'un simple fœtus, mais d'un être *présentant la forme humaine* (1).

337.

ART. 56. La naissance de l'enfant sera déclarée par le père, ou, à défaut du père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement; et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle sera accouchée.

L'acte de naissance sera rédigé de suite en présence de deux témoins (*).

L'obligation de déclarer la naissance d'un enfant légitime est d'abord imposée au père seul, quand il est présent, peu importe que l'accouchement ait eu lieu au domicile conjugal ou ailleurs (2).

A défaut du père, et quand l'accouchement a lieu au domicile conjugal, cette obligation pèse simultanément sur

(*) Art. 56. — L. 20 sept. 1792, tit. 3, art. 2, 3 et 4.

(1) Paris, 15 fév. 1865, S. 66, 2, 95; comp. Grenoble, 10 fév. 1870, S. 71, 2, 179.

(2) Cass. 12 sept. 1859, S. 60, 1, 186; comp. Cass. 12 déc. 1862, S. 63, 1, 276.

toutes les personnes énumérées dans l'art. 56 qui n'établit entre elles aucun ordre distinct et successif (1).

Si l'accouchement a lieu hors du domicile conjugal, la dernière jurisprudence de la Cour de cassation admet que l'obligation de déclarer la naissance est seulement étendue à la personne chez qui l'accouchement a eu lieu, la prescription générale contenue dans la première partie de l'art. 56, à l'égard de tous ceux qui ont été témoins de l'accouchement, demeurant entière (2).

Les règles ci-dessus doivent également recevoir leur application au cas de l'accouchement d'une femmme non mariée. Il y a lieu, cependant, de faire observer que le père n'étant pas obligé de reconnaître l'enfant, n'est pas tenu en cette qualité de l'obligation de déclarer la naissance; il n'y est soumis que s'il a assisté à l'accouchement, n'importe en quelle qualité, ou si l'accouchement a eu lieu dans son domicile.

L'art. 346, C. P., contient la sanction pénale des art. 55 et 56.

338.

ART. 57. L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant et les prénoms qui lui seront donnés, les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère, et ceux des témoins (*).

L'acte de naissance d'un enfant légitime doit être rédigé d'après la présomption légale attribuant au mari la paternité de l'enfant né durant le mariage. L'officier de l'état civil n'a pas à se préoccuper des circonstances qui pourraient rendre admissible un désaveu ou une action en contestation de légitimité. Ainsi devra être inscrit comme né du mari de sa

(*) Art. 57. — Ord. 1667, tit. 20, art. 9; Déclaration de 1736, art. 4; Décr. 20 sept. 1791, tit. 3, art. 7.

(1) Cass. 28 fév. 1867, S. 67, 1, 267; Cass. 12 nov. 1859, S. 60, 1, 186.

(2) Cass. 28 fév. 1867, S. 67, 1, 267, D. 67, 1, 190 et les notes.

mère, l'enfant né moins de 180 jours après la célébration du mariage quoique le mariage entre le père et la mère eût été impossible au moment de la conception (1), et l'enfant né entre le 180e et le 300e jour de la dissolution du mariage, nonobstant toute déclaration contraire (2).

Quand il s'agit d'enfants jumeaux, l'officier de l'état civil doit dresser un acte spécial pour chacun d'eux, en inscrivant d'abord l'acte relatif à celui qui est sorti le premier du sein de la mère, considéré comme l'aîné (3).

L'enfant doit naturellement recevoir un ou plusieurs prénoms distinctifs; la loi du 11 germinal an XI n'admet d'autres prénoms que les noms en usage dans les différents calendriers et ceux des personnages de l'histoire ancienne.

L'acte de naissance ne doit pas énoncer les noms des père et mère adultérins et incestueux, encore que les déclarants les indiquent, ou qu'ils résultent des documents produits.

Le nom du père naturel qui ne reconnaît pas l'enfant, ne doit pas davantage être énoncé dans l'acte de naissance.

Que faut-il décider en ce qui concerne le nom de la mère naturelle? Il y a divergence parmi les auteurs : les uns admettent que le nom de la mère ne doit jamais être indiqué sans son aveu; d'autres soutiennent au contraire que le nom de la mère naturelle doit toujours être indiqué dans l'acte de naissance. Mais il est un point hors de toute contestation, c'est qu'il n'existe pas de loi imposant aux déclarants l'obligation de faire connaître le nom de la mère de l'enfant présenté comme enfant naturel. D'un autre côté, il n'est pas moins certain que la loi ne prohibe pas la mention du nom de la mère, mention qui pourra fournir à l'enfant un indice pour faire constater sa filiation (art. 341, C. C.). Nous pensons

(1) *Contrà*, Mersier, *loc. cit.*, n° 86.
(2) Cass., 9 fév. 1870, D. 71, 1, 174.
(3) Caen, 17 août 1843, D. 44, 2, 23.

donc qu'il est plus sûr d'admettre une troisième opinion aux termes de laquelle, si le nom de la mère est déclaré par les comparants, l'officier de l'état civil a la faculté de l'inscrire (1). La jurisprudence, assez incertaire, paraît avoir une tendance à admettre la nécessité d'indiquer le nom de la mère (2).

339.

ART. 58. Toute personne qui aura trouvé un enfant nouveau né sera tenue de le remettre à l'officier de l'état civil, ainsi que les vêtements et autres effets trouvés avec l'enfant, et de déclarer toutes les circonstances du temps et du lieu où il aura été trouvé.

Il en sera dressé un procès-verbal détaillé, qui énoncera en outre l'âge apparent de l'enfant, son sexe, les noms qui lui seront donnés, l'autorité civile à laquelle il sera remis. Ce procès-verbal sera inscrit sur les registres (*).

L'art. 347, C. P., contient la sanction de l'obligation qui précède, pour l'accomplissement de laquelle aucun délai n'est fixé. Une circulaire du 30 juin 1812 contient une instruction détaillée pour l'application de l'art. 58.

ART. 59. S'il naît un enfant pendant un voyage de mer, l'acte de naissance sera dressé dans les vingt-quatre heures, en présence du père, s'il est présent, et de deux témoins pris parmi les officiers du bâtiment, ou, à leur défaut, parmi les hommes de l'équipage. Cet acte sera rédigé, savoir : sur les bâtiments de la République, par l'officier d'administration de la marine, et sur les bâtiments appartenant à un armateur ou négociant, par le capitaine, maître ou patron du navire. L'acte de naissance sera inscrit à la suite du rôle d'équipage (**).

ART. 60. Au premier port où le bâtiment abordera, soit de relâche, soit pour toute autre cause que celle de son désarmement, les officiers de l'administration de la marine, capitaine, maître ou patron, seront tenus de déposer deux expéditions authentiques des actes de naissance qu'ils auront rédigés, savoir : dans un port français, au bureau du préposé à l'inscription maritime, et dans un port étranger, entre les mains du consul.

L'une de ces expéditions restera déposée au bureau de l'inscription maritime, ou à la chancellerie du consulat; l'autre sera envoyée au ministre de la marine, qui fera parvenir une copie, de lui certifiée, de chacun desdits actes, à l'officier de l'état civil du domicile du père de l'enfant, ou de la mère si le père

(*) Art. 58. — L. 20 sept. 1792, tit. 3, art. 9.

(**) Art. 59. — Ord. 1681, tit. 3, art. 2.

(1) Voy. LAURENT, t. II, nos 57 à 62.

(2) Cass. 1er juin 1853, S. 53, 1, 481; D. 53, 1, 177; Comp. Cass., 1er août 1845, S. 45, 1, 840.

est inconnu : cette copie sera inscrite de suite sur les registres.

ART. 61. A l'arrivée du bâtiment dans le port du désarmement, le rôle d'équipage, sera déposé au bureau du préposé à l'inscription maritime, qui enverra une expédition de l'acte de naissance, de lui signée, à l'officier de l'état civil du domicile du père de l'enfant, ou de la mère, si le père est inconnu : cette expédition sera inscrite de suite sur les registres.

ART. 62. L'acte de reconnaissance d'un enfant sera inscrit sur les registres, à sa date ; et il en sera fait mention en marge de l'acte de naissance, s'il en existe un.

340. Ce dernier article prévoit spécialement le cas où la reconnaissance d'un enfant naturel a eu lieu précisément devant l'officier de l'état civil qui a reçu l'acte de naissance de cet enfant. Mais il peut arriver que la reconnaissance soit faite devant un notaire, ou devant un officier de l'état civil autre que celui qui a reçu l'acte de naissance ; elle devra alors être transcrite sur les registres et mentionnée en marge de l'acte de naissance.

L'officier de l'état civil n'a aucun contrôle à exercer sur l'exactitude des déclarations de l'auteur ou des auteurs de la reconnaissance. Il ne peut refuser de recevoir leur déclaration, quand même l'âge du déclarant permettrait de faire douter de sa paternité (Décision du procureur de la République de la Seine, du 17 septembre 1849, D. 50, 3, 28).

CHAPITRE III.

DES ACTES DE MARIAGE.

341. — Art. 70. Documents à remettre à l'officier de l'état civil; des attestations d'identité.
342. — Suite; actes de notoriété, art. 71, 72.
343. — Preuve du consentement des personnes appelées à consentir au mariage, art. 73, ou de leur décès.
344. — Autres justifications à faire par les parties.
345. — Célébration du mariage, art. 74, 75. Les futurs conjoints doivent comparaître en personne.
346. — Art. 76. — Énonciations que doit contenir l'acte de mariage.

341. Les auteurs sont en général d'accord pour renvoyer au titre du mariage l'explication de notre chapitre relatif aux *actes de mariage*. Ce renvoi est justifié pour les art. 63 à 69 inclusivement qui ont trait aux formalités devant précéder le mariage. Mais en ce qui touche les art. 70 à 76, ayant trait uniquement au fait même de la célébration du mariage, nous ne voyons pas de motif pour déroger à l'ordre adopté par le législateur.

Dans cet ordre d'idées, la loi s'occupe d'abord des pièces et documents qui doivent être remis à l'officier de l'état civil devant qui le mariage doit être conclu.

ART. 70. L'officier de l'état civil se fera remettre l'acte de naissance de chacun des futurs époux. Celui des époux qui serait dans l'impossibilité de se le procurer pourra le suppléer en rapportant un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu de sa naissance, ou par celui de son domicile.

La production de l'acte de naissance est nécessaire pour justifier que les futurs époux remplissent les conditions d'âge voulues par la loi.

Il arrive assez fréquemment que l'acte de naissance produit atteste des différences plus ou moins notables dans l'orthographe des prénoms et du nom patronymique des parties intéressées et de leurs auteurs; dans ce cas, et pour éviter

les frais d'une rectification sur les registres qui n'est pas absolument nécessaire, un avis du Conseil d'État du 30 mars 1808 porte : « Que dans le cas où le nom d'un des futurs ne serait pas orthographié dans son acte de naissance comme celui de son père, et dans celui où l'on aurait omis quelqu'un des prénoms de ses parents, le témoignage des pères et mères ou aïeuls assistant au mariage et attestant l'identité, doit suffire pour procéder à la célébration du mariage; qu'il doit en être de même dans le cas d'absence des pères et mères ou aïeuls, s'ils attestent l'identité dans leur consentement donné en la forme légale; — Qu'en cas de décès des pères, mères ou aïeuls, l'indentité est valablement attestée, pour les mineurs, par le conseil de famille ou par le tuteur *ad hoc;* et pour les majeurs par les quatre témoins de l'acte de mariage; — Qu'enfin dans le cas où les omissions d'une lettre ou d'un prénom se trouvent dans l'acte de décès des pères, mères ou aïeuls, la déclaration à serment des personnes dont le consentement est nécessaire pour les mineurs, et celle des parties et des témoins pour les majeurs, doivent aussi être suffisantes, sans qu'il soit nécessaire, dans tous ces cas, de toucher aux registres de l'état civil, qui ne peuvent jamais être rectifiés qu'en vertu d'un jugement. » Cet avis du Conseil d'État peut également recevoir son application au cas où les prénoms n'auraient pas été écrits dans le même ordre dans tous les actes produits.

342. Si les parties ne peuvent pas produire un acte de naissance, l'art. 70 porte que cet acte pourra être remplacé par un acte de notoriété. Il est certain qu'un jugement rectificatif pourrait aussi tenir lieu d'acte de naissance, conformément aux règles édictées par le Code dans les art. 99, 100 et 101. Mais quand l'acte existe, et qu'à raison de circonstances particulières (état de guerre, inondation, etc.), il y a seulement impossibilité d'en obtenir une expédition, c'est alors le cas de recourir à l'acte de notoriété dont parle la loi.

C'est principalement cette hypothèse que le législateur a eu en vue; mais comme l'art. 70 est général il en résulte que dans tous les cas d'impossibilité les parties pourront suppléer l'acte de naissance par un acte de notoriété, même dans les hypothèses où elles pourraient obtenir un jugement rectificatif.

Le juge de paix qui doit dresser cet acte n'est pas celui du domicile spécial au mariage pouvant s'obtenir par six mois de résidence (art. 74, C. C.), mais celui du domicile ordinaire qui est le lieu où la notoriété est le mieux établie.

ART. 71. L'acte de notoriété contiendra la déclaration faite par sept témoins, de l'un ou de l'autre sexe, parents ou non parents, des prénoms, nom, profession et domicile du futur époux, et de ceux de ses père et mère, s'ils sont connus ; le lieu, et, autant que possible, l'époque de sa naissance, et les causes qui empêchent d'en rapporter l'acte. Les témoins signeront l'acte de notoriété avec le juge de paix; et s'il en est qui ne puissent ou ne sachent signer, il en sera fait mention.

Le juge de paix doit être assisté de son greffier pour la rédaction de l'acte de notoriété; il se borne à recevoir et à constater la déposition des témoins qui comparaissent devant lui; il n'affirme rien par lui-même, n'a pas à vérifier l'exactitude des faits affirmés, et par conséquent n'encourt de ce chef aucune responsabilité. Les témoins ne prêtent pas serment; l'acte de notoriété doit être dressé en minute.

ART. 72. L'acte de notoriété sera présenté au tribunal de première instance du lieu où doit se célébrer le mariage. Le tribunal, après avoir entendu le procureur de la République, donnera ou refusera son homologation, selon qu'il trouvera suffisantes ou insuffisantes les déclarations des témoins, et les causes qui empêchent de rapporter l'acte de naissance.

Le tribunal n'a pas à apprécier la moralité des témoins, ni le degré de confiance qu'ils méritent. Il doit accepter les dépositions telles qu'elles se sont produites, les tenir pour vraies, et apprécier seulement leur pertinence. Le jugement rendu sur la demande d'homologation est susceptible d'appel.

L'acte de notoriété ainsi homologué, n'a de valeur que pour parvenir à l'accomplissement du mariage, il ne pourrait prouver ni l'âge d'une personne, ni sa filiation, ni, par suite, les droits de famille ou de succession.

343. L'officier de l'état civil doit encore exiger la preuve du consentement que certaines personnes sont appelées à donner au mariage quand ces personnes n'assistent pas à la célébration.

ART. 73. L'acte authentique du consentement des père et mère ou aïeuls et aïeules, ou, à leur défaut, celui de la famille, contiendra les prénoms, noms, professions et domiciles du futur époux et de tous ceux qui auront concouru à l'acte, ainsi que leur degré de parenté.

L'acte authentique, qui peut être retenu en brevet, doit constater le consentement spécial donné au mariage projeté qui a été annoncé par les publications déjà faites, et non pas, d'une manière générale, à un mariage quelconque et indéterminé, que le futur voudrait conclure. Il suit de là que cet acte, pour atteindre son but, doit nécessairement contenir les diverses énonciations relatives à l'état civil de la personne avec laquelle le futur époux est autorisé à contracter mariage. Remarquons enfin que l'officier de l'état civil ne pourrait, sous peine de contravention, procéder en vertu d'un consentement donné sous seing privé, quoiqu'un tel acte ne puisse pas cependant influer sur la validité du mariage (1).

L'officier de l'état civil doit encore exiger les actes constatant le décès des personnes dont le consentement ou le conseil serait requis si elles étaient vivantes. Si les futurs époux étaient dans l'impossibilité de produire ces actes de décès, il y serait suppléé, sans formalités judiciaires, au moyen des attestations autorisées par l'avis du Conseil d'État du 4 thermidor an XIII, portant : « 1° Qu'il n'est pas nécessaire de produire les actes de décès des père et mère des futurs mariés lorsque les aïeuls ou aïeules attestent ce décès; et dans ce cas il doit être fait mention de leur attestation dans l'acte de mariage ; — 2° Que si les père, mère, aïeul ou aïeule, dont le consentement ou conseil est requis, sont décédés, ou si l'on est dans l'impossibilité de produire l'acte de leur décès ou la

(1) Pau, 24 mars 1859, S. 59, 2, 521.

preuve de leur absence, faute de connaître leur dernier domicile, il peut être procédé à la célébration du mariage des majeurs, sur leur déclaration à serment que le lieu du décès et celui du dernier domicile de leurs ascendants leur sont inconnus. Cette déclaration doit être certifiée aussi par serment des quatre témoins de l'acte de mariage, lesquels affirment que, quoiqu'ils connaissent les futurs époux, ils ignorent le lieu de décès de leurs ascendants et leur dernier domicile. Les officiers de l'état civil doivent faire mention des dites déclarations. »

Si les ascendants dont il s'agit ne sont pas décédés, mais seulement dans l'impossibilité de manifester leur volonté, à raison de leur absence ou interdiction, il faudra produire à l'officier de l'état civil une expédition du jugement ayant prononcé l'interdiction ou déclaré l'absence.

Enfin si les mêmes ascendants ont refusé leur consentement, les parties devront produire les procès-verbaux des actes respectueux.

344. Indépendamment des documents qui viennent d'être indiqués, les parties doivent encore, le cas échéant, remettre à l'officier de l'état civil les pièces suivantes :

Une expédition authentique des dispenses d'âge, de parenté ou d'alliance s'il en a été accordé ;

L'acte de décès du premier conjoint, quand c'est un veuf ou une veuve qui se remarie ;

L'acte de divorce, dans le cas d'un nouveau mariage par une personne divorcée.

Les certificats des publications faites dans les diverses communes où elles étaient nécessaires, sauf pour les publications faites dans la commune où le mariage doit être célébré ;

Une expédition du jugement portant mainlevée de l'opposition, s'il en a été formé, ou la mainlevée volontaire de cette même opposition ;

Les certificats des permissions que doivent obtenir les militaires et individus employés à l'armée (Décr. 16 juin 1808);

Le certificat établissant que celui qui par son âge doit appartenir à l'armée active, a satisfait à la loi sur le recrutement. Les jeunes gens qui appartiennent à la réserve ou même à la disponibilité de l'armée active peuvent se marier sans autorisation (L. 15 juillet 1889, art. 58).

En ce qui concerne les condamnés transportés dans les colonies françaises, le décret du 24 mars 1866 porte que les actes de l'état civil exigés par le Code pour pouvoir contracter mariage, pourront être remplacés soit par un certificat délivré par l'autorité judiciaire du lieu de condamnation, soit à défaut, par un acte de notoriété (art. 3).

345.

ART. 74. Le mariage sera célébré dans la commune où l'un des deux époux aura son domicile. Ce domicile, quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune (*).

L'explication de cet article aura lieu en même temps que celle de l'art. 651.

ART. 75. Le jour désigné par les parties après les délais des publications, l'officier de l'état civil, dans la maison commune, en présence de quatre témoins, parents ou non parents, fera lecture aux parties, des pièces ci-dessus mentionnées, relatives à leur état et aux formalités du mariage, et du chapitre VI du titre *du mariage*, sur *les droits et les devoirs respectifs des époux.*

Addition, L. 10 juillet 1850. — « Il interpellera les futurs époux, ainsi que les personnes qui autorisent le mariage, si elles sont présentes, d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage, et, dans le cas de l'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les noms et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu. »

Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme; il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ (**).

Le texte qui précède contient trois prescriptions principales :

La première concerne la présence nécessaire de l'officier de l'état civil;

(*) Art. 74. — Édit de 1667; Déclar. de 1639.

(**) Art. 75. — L. 20 sept. 1790, tit. 4, S. 4, art. 4, 5 et 6.

La seconde concerne la déclaration faite par lui que les époux dont il reçoit le consentement sont unis par le mariage;

La troisième concerne la célébration dans la maison commune.

L'observation des deux premières est exigée à peine d'inexistence du mariage.

Il n'en est pas de même de la troisième ; l'officier de l'état civil peut, s'il le juge convenable, dans les cas, notamment, de maladie, pour les mariages *in extremis*, etc., se transporter au domicile des parties, et le mariage y sera valablement célébré pourvu qu'il ait lieu publiquement, c'est-à-dire les portes ouvertes. Cela ne fait plus question aujourd'hui (1). L'acte devra faire mention du motif qui a permis de déroger aux prescriptions de la loi (Circ. min. du 15 octobre 1882).

Les futurs époux doivent comparaître en personne. Quelques auteurs ont cru pouvoir soutenir le contraire et admettre qu'on peut se marier par procureur. Le Code civil italien, pour rendre toute controverse impossible, exige textuellement que l'une et l'autre des parties réponde *personnellement* (art. 94) à l'interpellation de l'officier de l'état civil. Mais, même en l'absence d'une telle précision, la nécessité d'une réponse personnelle résulte des exigences de la situation. L'officier de l'état civil doit, en effet, interpeller les parties sur le point de savoir si elles consentent à se prendre pour mari et femme. Or, il s'agit d'avoir leur consentement *actuel*, se produisant à l'instant même de l'interpellation, et comme réponse à cette même interpellation. Le pouvoir spécial dont serait porteur le procureur fondé constaterait seulement le consentement donné par la partie représentée à une époque correspondant à la date du pouvoir lui-même, mais ne justifierait pas de la persistance de ce consentement jusqu'au moment actuel de l'interpellation. Or il peut arriver que la

(1) LAURENT, t. II, n° 425.

volonté de la partie représentée ait changé, sans que son procureur ait pu en être informé. D'un autre côté, chaque partie doit conserver sa complète liberté d'action jusqu'au moment où elle sera appelée, sur l'interrogation de l'officier de l'état civil, à manifester son consentement. Il faut, de plus, réserver pour son libre arbitre la possibilité d'être influencé par les circonstances qui peuvent se produire jusqu'au dernier moment. On a vu quelquefois, en effet, une des parties répondre : *non*, à la question posée par l'officier de l'état civil, soit qu'un incident venant de se produire l'ait éclairée, soit que, pour la première fois, elle se soit sentie libre et protégée dans sa liberté. La liberté qui doit garantir la sincérité du consentement est difficilement conciliable avec la comparution des parties par procureur fondé. Les auteurs raisonnent en général dans l'hypothèse où l'une des parties seulement comparaît par mandataire. Mais dans l'opinion que nous repoussons, il faudrait admettre que les deux parties pourraient se faire représenter, de telle sorte qu'elles pourraient être déclarées, *au nom de la loi*, unies par mariage, alors que, en réalité, l'une et l'autre auraient peut-être abandonné la pensée de réaliser l'union projetée.

346.

Art. 76. On énoncera dans l'acte de mariage :

1° Les prénoms, noms, professions, âge, lieu de naissance et domicile des époux ;

2° S'ils sont majeurs ou mineurs ;

3° Les prénoms, noms, professions et domiciles des pères et mères ;

4° Le consentement des pères et mères, aïeuls et aïeules, et celui de la famille, dans le cas où ils sont requis ;

5° Les actes respectueux, s'il en a été fait ;

6° Les publications dans les divers domiciles ;

7° Les oppositions, s'il y en a eu ; leur mainlevée, ou la mention qu'il n'y a point eu d'opposition ;

8° La déclaration des contractants de se prendre pour époux, et le prononcé de leur union par l'officier public ;

9° Les prénoms, noms, âge, professions et domiciles des témoins, et leur déclaration s'ils sont parents ou alliés des parties, de quel côté et à quel degré.

Addition, L. 10 juillet 1850. — La déclaration faite sur l'interpellation prescrite par l'article précédent, qu'il a été ou qu'il n'a pas été fait de contrat de mariage, et, autant que possible, de la date du contrat, s'il existe,

ainsi que les noms et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu; le tout à peine contre l'officier de l'état civil, de l'amende fixée par l'art. 50.

Dans le cas où la déclaration aurait été omise, ou serait erronée, la rectification de l'acte, en ce qui touche l'omission ou l'erreur, pourra être demandée par le procureur de la République, sans préjudice du droit des parties intéressées, conformément à l'art. 99 (*).

L'acte de mariage a pour unique but de conserver la preuve du mariage. Mais le mariage est parfait aussitôt après le prononcé de l'union, et sa validité ne saurait être compromise par les irrégularités extérieures de l'acte, par suite, par exemple, du défaut de signature par l'officier public.

Il est arrivé quelquefois que les parties ayant des doutes sur la validité de leur mariage, surtout à raison de l'incompétence possible de l'officier devant qui il a été célébré, se présentent devant un autre officier de l'état civil pour faire procéder à une seconde célébration. Il est manifeste que la célébration du second mariage ne couvre pas la nullité du premier.

(*) Art. 76. — L. 20 sept. 1790, tit. 4, s. 4, art. 7.

CHAPITRE IV.

DES ACTES DE DÉCÈS.

347. — Art. 77. — Des permis d'inhumation.
348. — De la liberté des funérailles; Loi du 18 novembre 1887.
349. — De l'incinération des cadavres; Décret du 27 avril 1889; monopole des inhumations.
350. — Des déclarations de décès, art. 78, qu'il ne faut pas confondre avec les demandes de permis d'inhumation ou d'incinération.
351. — Ces demandes valent-elles comme déclaration de décès?
352. — Énonciations que doit contenir l'acte de décès.
353. — Constatation des décès survenus dans les hôpitaux, prisons, voyages en mer, etc., art. 80 à 87.

347. Le décès d'une personne est de nature à provoquer chez le législateur deux sortes de préoccupations : les premières concernent la nécessité de constater le décès et l'individualité de la personne décédée; les secondes sont relatives aux précautions à prendre pour éviter les inhumations précipitées pouvant avoir pour résultat l'ensevelissement d'une personne vivante, ou la dissimulation des traces d'un crime.

Dans la rédaction de la loi, le législateur semble avoir d'abord obéi à ce dernier genre de préoccupation, car il s'occupe d'abord de régler ce qui concerne les inhumations :

> ART. 77. Aucune inhumation ne sera faite sans une autorisation, sur papier libre et sans frais, de l'officier de l'état civil, qui ne pourra la délivrer qu'après s'être transporté auprès de la personne décédée pour s'assurer du décès, et que vingt-quatre heures après le décès, hors les cas prévus par les règlements de police (*).

L'art. 358, C. P., contient la sanction légale de ces dispositions, qui sont applicables aux enfants mort-nés (1), mais non aux simples fœtus (2).

(*) Art. 77. — L. 20 sept. 1792, tit. 5, art. 2.
(1) Metz, 24 août 1854, D. 54, 5, 12; Paris, 15 fév. 1865, D. 65, 2, 138.
(2) Cass. 7 août 1874, 7, Dr. crim., 1874, art. 9703.

Dans un grand nombre de communes, la vérification des décès est faite à domicile par un médecin assermenté, délégué à cet effet, et aucune opération d'embaumement ou de moulage ne doit être pratiquée sur le corps avant la vérification du décès, et sans l'autorisation du préfet de police à Paris, et du maire partout ailleurs (1).

Un décret du 27 avril 1889 portant règlement d'administion publique, détermine les conditions applicables aux divers modes de sépulture. L'officier de l'état civil est autorisé dans les cas d'urgence, notamment en cas de décès survenu à la suite d'une maladie contagieuse ou épidémique, ou en cas de décomposition rapide, à prescrire, sur l'avis du médecin commis par lui, la mise en bière immédiate après la constatation officielle du décès, sans préjudice du droit d'ordonner la sépulture avant l'expiration du délai fixé par l'art. 77, C. C. (art. 1).

En vertu de ce même décret, les municipalités sont autorisées à établir des chambres funéraires, destinées à recevoir, avant la sépulture, les corps des personnes dont le décès n'a pas été causé par une maladie contagieuse (articles 5 à 9).

348. En règle générale, l'officier de l'état civil ne doit délivrer le permis d'inhumer qu'après la rédaction de l'acte de décès, et cette rédaction suppose la déclaration préalable du décès lui-même. L'autorité municipale pourrait-elle décider que la délivrance du permis d'inhumer sera subordonnée à une déclaration autre que celle du décès et arriver ainsi à une réglementation arbitraire des funérailles?

La loi n'avait pas d'abord songé à restreindre en cette matière les pouvoirs des maires. Mais, sous l'influence de cer-

(1) Décr. 27 avril 1889, art. 3 et 17; voy. encore Circ. du 24 déc. 1866, D. 67, 3, 48.

taines opinions excessives (1), il est arrivé que l'autorité municipale s'est laissé aller quelquefois à prendre des mesures intolérables. C'est ainsi notamment qu'en 1873 le préfet du Rhône exerçant les fonctions de maire de la ville de Lyon, édictait un arrêté contenant la disposition suivante :

« Art. 1er. Toute déclaration de décès faite à l'officier de l'état civil, dans la ville de Lyon, sera accompagnée d'une autre déclaration faisant connaître si l'inhumation aura lieu avec ou sans la participation des ministres officiants de l'un des cultes reconnus par l'État. Cette seconde déclaration sera consignée sur un registre et signée du déclarant pour servir de base à l'application des dispositions contenues dans l'article suivant. »

L'article suivant soumettait à une réglementation spéciale, les inhumations faites sans la participation d'un ministre du culte.

La légalité stricte d'un tel arrêté pouvait à la rigueur être admise, vu l'état de la législation (2) ; mais il fallait, pour l'avenir, rendre impossible le retour de semblables exagérations. C'est dans ce but qu'a été votée la loi du 18 novembre 1887 *sur la liberté des funérailles*, dont l'art. 2 est ainsi conçu :

« Il ne pourra jamais être établi, même par voie d'arrêté, des prescriptions particulières applicables aux funérailles, en raison de leur caractère civil ou religieux. »

D'après l'art. 3 de la même loi :

« Tout majeur ou mineur émancipé, en état de tester, peut régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner et le mode de sa sépulture. — Il peut charger une ou plu-

(1) On en trouvera de curieux spécimens dans le *Recueil de l'Académie de législ. de Toulouse*, 1873, p. 513.

(2) Cass. 24 janv. 1874, D. 74, 1, 225.

sieurs personnes de veiller à l'exécution de ses dispositions. — Sa volonté exprimée dans un testament ou dans une déclaration faite en forme testamentaire, soit par devant notaire, soit sous signature privée, a la même force qu'une disposition testamentaire relative aux biens, elle est soumise aux mêmes règles quant aux conditions de la révocation. »

Sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 18 novembre 1887, pour que la volonté du défunt relative aux conditions de sa sépulture pût constituer vis-à-vis de ses héritiers une obligation légale, il fallait qu'elle fut consignée dans un testament (1). L'innovation consacrée par la loi de 1887 consiste en ce que désormais toute déclaration quoique ayant trait seulement aux funérailles du défunt, et non à ses biens, sera valable et obligatoire, si elle s'est produite dans la forme testamentaire.

Une telle déclaration peut être révoquée expressément ou tacitement. Ainsi, la révocation tacite d'un écrit régulier prescrivant des funérailles purement civiles, peut résulter du fait de réclamer et recevoir les secours d'une religion, pourvu qu'en le faisant : « Le testateur ait eu la pleine possession de ses facultés, et accompli un acte libre et raisonné de sa volonté, un acte impliquant la révocation incontestable de ses volontés antérieures (2). »

La loi de 1887 reconnaît donc à chacun le droit de déterminer librement, par un acte en la forme testamentaire, le caractère religieux ou civil de ses funérailles. Aux termes de la même loi, on peut également choisir *le mode de sa sépul-*

(1) Cass. 31 mars 1886, S. 89, 1, 423; voy. Cass. 6 nov. 1883, S. 84, 1, 324; LABBÉ sous Paris, 19 août 1881, S. 83, 2, 245; Orléans, 22 mars 1887, S. 89, 2, 153 et la note.

(2) Paroles du rapporteur de la loi au Sénat, voy. DUVERGIER, *Lois annotées*, 1888, p. 350, note 15. Voy. TISSIER, *Loi du 18 novembre 1887 sur la liberté des funérailles.*

ture, ou en d'autres termes, opter entre le mode ordinaire d'ensevelissement et l'incinération (1).

349. Le décret précité du 27 avril 1889 réglemente tout ce qui concerne la pratique de l'incinération des cadavres :

Aucun appareil crématoire ne peut être mis en usage sans une autorisation du préfet, accordée après avis du Conseil d'hygiène (art. 16). — L'autorisation d'incinérer ne peut être donnée que sur le vu d'une demande écrite du membre de la famille ou de toute autre personne ayant qualité pour pourvoir aux funérailles et d'un certificat du médecin traitant affirmant que la mort est le résultat d'une cause naturelle, et d'un rapport de médecin assermenté, commis par l'officier de l'état civil, affirmant que la mort est le résultat d'une cause naturelle (art. 17). — Les cendres ne peuvent être déposées, même à titre provisoire, que dans les lieux de sépulture régulièrement établis (art. 20).

La grande objection contre l'incinération des cadavres est tirée de ce qu'une telle opération peut avoir pour résultat de faire disparaître les traces des crimes ayant occasionné la mort des individus incinérés. Le certificat d'un médecin assermenté attestant que la mort est le résultat d'une cause naturelle ne peut donner à cet égard aucune certitude absolue ; il est en effet manifeste que l'examen auquel se livrera le médecin sera sommaire et rapide. C'est surtout dans les cas d'épidémie, et comme moyen de salubrité, que la crémation est préconisée. Mais d'un autre côté, on affirme que les épidémies, par la nécessité qu'elles imposent de faire promptement disparaître les cadavres, favorisent singulièrement les crimes contre les personnes. Il résulterait de cette observation que les autorisations d'incinérer les cada-

(1) La loi du 18 nov. 1887 est déclarée applicable à l'Algérie et aux colonies (art. 6) ; mais d'après l'art. 24 du décret du 27 avril 1889, *le mode d'application* de cette loi doit faire l'objet d'un règlement *ultérieur.*

vres devraient être plus difficilement accordées précisément dans les circonstances où les conditions de l'hygiène publique voudraient qu'elles fussent plus nombreuses. Quoi qu'il en soit, la crémation ne paraît pas réclamée par les mœurs modernes, mais tant qu'elle demeurera facultative on pourra l'admettre sans graves inconvénients comme une mesure donnant satisfaction à certaines préoccupations individuelles.

On sait qu'en vertu d'un décret du 18 mai 1806, les fabriques des églises ont le monopole des fournitures relatives à la pompe des convois. Une proposition de loi tendant à l'abrogation du *monopole des inhumations* a été adoptée par la Chambre des députés et votée en première lecture par le Sénat (1).

350. Régulièrement les permis d'inhumation ou d'incinération ne sont délivrés qu'après une déclaration régulière du décès. L'officier de l'état civil auquel ce permis est demandé doit donc exiger que les intéressés se conforment à l'article suivant :

ART. 78. L'acte de décès sera dressé par l'officier de l'état civil, sur la déclaration de deux témoins. Ces témoins seront, s'il est possible, les deux plus proches parents ou voisins, ou, lorsqu'une personne sera décédée hors de son domicile, la personne chez laquelle elle sera décédée, et un parent ou autre (*).

La demande de permis d'inhumation ou d'incinération ne doit pas être confondue avec la déclaration du décès. La faculté de demander ce permis peut en effet être exercée par les personnes ayant reçu du défunt la mission de pourvoir aux funérailles ; or ces personnes peuvent n'être pas au nombre de celles à qui la loi impose l'obligation de déclarer le décès ; il peut même arriver qu'elles ne remplissent pas les conditions exigées par l'art. 37, C. C., pour les témoins dans les actes de

(*) Art. 78. — Ord. 1667, tit. 20, art. 9 ; Déclar. de 1736, art. 20 ; L. 20 sept. 1792, tit. 5.

(1) Sénat : rapport, annexes 1885, p. 572 ; Discussion, *Officiel*, 20 et 29 nov. 1885.

l'état civil. Ainsi, la déclaration d'un décès, dans l'état actuel de la législation, ne pourrait pas être faite par une femme, alors qu'une femme chargée de pourvoir aux funérailles pourrait demander le permis d'inhumer, ou d'incinérer; d'un autre côté la demande de permis d'inhumer, et le permis lui-même ne sont pas soumis aux diverses mentions et énonciations que doit contenir l'acte de décès. C'est donc avec raison qu'il a été jugé, quoique par d'autres motifs, que la demande de permis d'inhumer ne peut équipoller à la déclaration du décès et que l'officier de l'état civil n'est tenu de dresser un acte de décès que lorsque la déclaration lui en est faite conformément à l'art. 78 (1).

351. C'est donc seulement lorsque la demande de permis d'inhumer est faite précisément par les personnes appelées d'après les termes de la loi à faire la déclaration du décès, que peut se poser la question de savoir si une telle demande doit être considérée comme équivalant à une déclaration suffisante. Pour la négative nous trouvons un argument dans le texte de l'art. 78 du décret du 24 avril 1880 relatif à l'organisation de l'état civil dans les établissements de l'Inde ; d'après ce texte : « Le défaut de déclaration par ceux qui auront sollicité le permis d'inhumation ou d'incinération sera passible de 15 jours de prison et de 100 fr. d'amende, ou de l'une de ces deux peines seulement. » Or il est manifeste que si la demande de permis d'inhumer équivalait à la déclaration de décès, on n'aurait pas pu, même pour l'Inde, édicter une telle pénalité.

Si l'acte de décès n'avait pas été dressé avant l'inhumation, nous pensons qu'il ne pourrait être inscrit sur les registres qu'en vertu d'un jugement de rectification (2).

D'après le texte de l'art. 78, l'acte de décès est dressé *sur*

(1) Limoges, 15 mai 1889, D. 90, 2, 307.
(2) Aubry et Rau, t. I, § 61.

la déclaration de deux témoins; il suit de là que, pour les actes de décès, les témoins et les déclarants se confondent. L'obligation imposée aux plus proches parents et à la personne chez laquelle le décès a eu lieu, est dénuée de sanction, l'art. 358 du Code pénal ne punissant que les inhumations précipitées.

352.

ART. 79. L'acte de décès contiendra les prénoms, nom, âge, profession et domicile de la personne décédée; les prénoms et nom de l'autre époux, si la personne décédée était mariée ou veuve; les prénoms, noms, âge, professions et domiciles des déclarants; et, s'ils sont parents, leur degré de parenté.

Le même acte contiendra de plus, autant qu'on pourra le savoir, les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère du décédé et le lieu de sa naissance.

Le texte n'exige pas que l'officier de l'état civil fasse mention du jour et de l'heure du décès. Il semble que le silence de la loi sur ce point soit intentionnel. Il eût été grave, en effet, de faire dépendre, par exemple, l'attribution d'une succession, de la simple déclaration sur l'heure et le jour du décès alors que cette déclaration peut être erronée, ou émaner d'une personne intéressée à altérer la vérité. L'officier de l'état civil ne doit donc pas énoncer la date du jour et de l'heure du décès. Mais dans la pratique on admet qu'il le peut, puisque les formules préparées par l'administration indiquent elles-mêmes la mention de l'heure et du jour du décès. Ces mentions n'ont par elles-mêmes aucune force probante; elles peuvent tout au plus constituer de simples renseignements pour les juges, et laissent entière, pour tous les intéressés, la question de savoir quel est le moment précis où le décès s'est produit (1).

353. Les articles suivants se réfèrent à la constatation des décès :

1° dans les hôpitaux, etc., art. 80;

2° quand il existe des signes ou indices de mort violente, art. 81-82;

(1) LAURENT, t. II, n° 62.

3° concernant les suppliciés, art. 83;

4° survenus dans les prisons, etc., art. 84-85;

5° ou pendant un voyage en mer, art. 86-87.

Art. 80. En cas de décès dans les hôpitaux militaires, civils ou autres maisons publiques, les supérieurs, directeurs, administrateurs et maîtres de ces maisons, seront tenus d'en donner avis, dans les vingt-quatre heures, à l'officier de l'état civil, qui s'y transportera pour s'assurer du décès, et en dressera l'acte conformément à l'article précédent, sur les déclarations qui lui auront été faites, et sur les renseignements qu'il aura pris.

Il sera tenu en outre, dans lesdits hôpitaux et maisons, des registres destinés à inscrire ces déclarations et ces renseignements.

L'officier de l'état civil enverra l'acte de décès à celui du dernier domicile de la personne décédée, qui l'inscrira sur les registres.

Art. 81. Lorsqu'il y aura des signes ou indices de mort violente, ou d'autres circonstances qui donneront lieu de le soupçonner, on ne pourra faire l'inhumation qu'après qu'un officier de police, assisté d'un docteur en médecine ou en chirurgie, aura dressé procès-verbal de l'état du cadavre, et des circonstances y relatives, ainsi que des renseignements qu'il aura pu recueillir sur les prénoms, nom, âge, profession, lieu de naissance et domicile de la personne décédée.

Art. 82. L'officier de police sera tenu de transmettre de suite à l'officier de l'état civil du lieu où la personne sera décédée, tous les renseignements énoncés dans son procès-verbal, d'après lesquels l'acte de décès sera rédigé.

L'officier de l'état civil en enverra une expédition à celui du domicile de la personne décédée, s'il est connu : cette expédition sera inscrite sur les registres.

Art. 83. Les greffiers criminels seront tenus d'envoyer, dans les vingt-quatre heures de l'exécution des jugements portant peine de mort, à l'officier de l'état civil du lieu où le condamné aura été exécuté, tous les renseignements énoncés en l'art. 79, d'après lesquels l'acte de décès sera rédigé.

Art. 84. En cas de décès dans les prisons ou maisons de réclusion et de détention, il en sera donné avis sur-le-champ, par les concierges ou gardiens, à l'officier de l'état civil, qui s'y transportera comme il est dit en l'art. 80, et rédigera l'acte de décès.

Art. 85. Dans tous les cas de mort violente, ou dans les prisons et maisons de réclusion, ou d'exécution à mort, il ne sera fait sur les registres aucune mention de ces circonstances, et les actes de décès seront simplement rédigés dans les formes prescrites par l'art. 79 (*).

Art. 86. En cas de décès pendant un voyage de mer, il en sera dressé acte dans les vingt-quatre heures, en présence de deux témoins pris parmi les officiers du bâtiment, ou, à leur défaut, parmi les hommes de l'équipage. Cet acte sera rédigé, savoir : sur les bâtiments du roi, par l'officier d'administration de la marine; et sur les bâtiments appartenant à un négociant ou armateur, par le capitaine, maître ou patron du navire. L'acte de

(*) Art. 85. — D. 20 janvier 1790.

décès sera inscrit à la suite du rôle de l'équipage.

ART. 87. Au premier port où le bâtiment abordera, soit de relâche, soit pour toute autre cause que celle de son désarmement, les officiers de l'administration de la marine, capitaine, maître ou patron, qui auront rédigé des actes de décès, seront tenus d'en déposer deux expéditions, conformément à l'art. 60.

A l'arrivée du bâtiment dans le port du désarmement, le rôle d'équipage sera déposé au bureau du préposé à l'inscription maritime; il enverra une expédition de l'acte de décès, de lui signée, à l'officier de l'état civil du domicile de la personne décédée : cette expédition sera inscrite de suite sur les registres (*).

(*) Art. 87. — Ord. 1681, L. 1, tit. 3, art. 2 et 6.

CHAPITRE V.

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL CONCERNANT LES MILITAIRES HORS DU TERRITOIRE DE LA RÉPUBLIQUE.

354. — Les art. 88 à 98 ont pour but de déroger aux art. 47 et 48.

354.

ART. 88. Les actes de l'état civil faits hors du territoire de la République, concernant des militaires ou autres personnes employées à la suite des armées, seront rédigés dans les formes prescrites par les dispositions précédentes, sauf les exceptions contenues dans les articles suivants (*).

ART. 89. Le quartier-maître dans chaque corps d'un ou plusieurs bataillons ou escadrons, et le capitaine commandant dans les autres corps, rempliront les fonctions d'officiers de l'état civil : ces mêmes fonctions seront remplies, pour les officiers sans troupes et pour les employés de l'armée, par l'inspecteur aux revues attaché à l'armée ou au corps d'armée.

ART. 90. Il sera tenu, dans chaque corps de troupes, un registre pour les actes de l'état civil relatifs aux individus de ce corps, et un autre à l'état-major de l'armée ou d'un corps d'armée, pour les actes civils relatifs aux officiers sans troupes et aux employés : ces registres seront conservés de la même manière que les autres registres des corps et états-majors, et déposés aux archives de la guerre, à la rentrée des corps ou armées sur le territoire de la République.

ART. 91. Les registres seront cotés et paraphés, dans chaque corps, par l'officier qui le commande; et à l'état-major, par le chef de l'état-major général.

ART. 92. Les déclarations de naissance à l'armée seront faites dans les dix jours qui suivront l'accouchement.

ART. 93. L'officier chargé de la tenue du registre de l'état civil devra, dans les dix jours qui suivront l'inscription d'un acte de naissance audit registre, en adresser un extrait à l'officier de l'état civil du dernier domicile du père de l'enfant, ou de la mère si le père est inconnu.

ART. 94. Les publications de mariage des militaires et employés à la suite des armées, seront faites au lieu de leur dernier domicile : elles seront mises en outre, vingt-cinq jours avant la célébration du mariage, à l'ordre du jour du corps, pour les individus qui tiennent à un corps; et à celui de l'armée ou du corps d'armée, pour les officiers sans troupes, et pour les employés qui en font partie.

ART. 95. Immédiatement après l'inscription sur le registre, de l'acte de célébration du mariage, l'officier chargé de la tenue du registre en enverra une expédition à l'officier de l'état civil du dernier domicile des époux.

ART. 96. Les actes de décès se-

(*) Art. 88. — Déclar. 2 juillet 1716 et 22 nov. 1728.

ront dressés, dans chaque corps, par le quartier-maître ; et pour les officiers sans troupes et les employés, par l'inspecteur aux revues de l'armée, sur l'attestation de trois témoins; et l'extrait de ces registres sera envoyé, dans les dix jours, à l'officier de l'état civil du dernier domicile du décédé.

ART. 97. En cas de décès dans les hôpitaux militaires ambulants ou sédentaires, l'acte en sera rédigé par le directeur desdits hôpitaux, et envoyé au quartier-maître du corps, ou à l'inspecteur aux revues de l'armée ou du corps d'armée dont le décédé faisait partie : ces officiers en feront parvenir une expédition à l'officier de l'état civil du dernier domicile du décédé.

ART. 98. L'officier de l'état civil du domicile des parties auquel il aura été envoyé de l'armée expédition d'un acte de l'état civil, sera tenu de l'inscrire de suite sur les registres.

Les textes qui précèdent dérogent aux art. 47 et 48 déclarant que l'acte de l'état civil concernant un Français en pays étranger peut être valablement rédigé, soit par l'officier public étranger, selon les formes étrangères, soit par l'agent diplomatique ou le consul français, selon les formes françaises. — Dans les lieux occupés par l'armée française, les officiers français rempliront les fonctions d'officier de l'état civil; leur compétence semble exclusive, malgré quelques décisions contraires de la jurisprudence.

En dehors des lieux occupés par l'armée française, les articles 47 et 48 restent applicables.

APPENDICE AUX CHAPITRES IV et V.

DES CAS OU LE CORPS DU PRÉTENDU MORT N'EST PAS REPRÉSENTÉ.

355. — En principe, la procédure de l'absence est seule applicable dans ces hypothèses.
356. — Il en est autrement pour les décès arrivés dans les mines, Décret du 3 janvier 1813;
357. — Ainsi que pour les militaires disparus dans les guerres de la République et du premier Empire, Loi du 13 avril 1817.
358. — La doctrine et la jurisprudence admettent, sous prétexte d'analogie, une extension non justifiée du décret du 3 janvier 1813.

355. Dans tous les cas ci-dessus étudiés (art. 77 à 98), l'acte de décès a été dressé après vérification de la mort, faite directement par l'examen du cadavre. Mais comment faudra-t-il procéder dans le cas où les cadavres des personnes ayant péri dans un accident ne peuvent être représentés? En pareille hypothèse, il ne peut pas y avoir d'acte de l'état civil dressé dans les conditions ordinaires. Le décès des personnes disparues semblerait alors pouvoir être constaté judiciairement. Telle paraît avoir été d'abord la pensée des rédacteurs du Code; le projet rédigé en l'an VIII contenait en effet un article ainsi conçu : « La loi n'exige pas indispensablement la preuve par titre authentique du décès de l'absent. Elle se contente de présomptions graves telles que celles qui résultent de la disparition de l'absent après une bataille, un naufrage ou tel autre accident qui a pu procurer la mort. » Or cet article ayant été supprimé par la section de législation du Conseil d'État, il en résulte que la loi française, en dehors de la preuve régulière dérivant de l'acte de décès dressé sur représentation du cadavre, n'admet que l'application de la théorie de l'absence.

356. Mais la nécessité s'imposait de soustraire aux lenteurs de la procédure applicable en matière d'absence, certaines

hypothèses, dans lesquelles d'ailleurs il ne pouvait exister aucun doute sérieux quant au décès des individus disparus.

C'est ce qui a eu lieu d'abord pour la constatation des décès arrivés dans les mines. Un décret du 3 janvier 1813 décida en conséquence, art. 19 : « Lorsqu'il y aura impossibilité de parvenir jusqu'au lieu où se trouvent les corps des ouvriers qui auront péri dans les travaux, les exploitants, directeurs et autres ayants-cause seront tenus de faire constater cette circonstance par le maire ou autre officier public, qui en dressera procès-verbal et le transmettra au procureur de la République, à la diligence duquel, sur l'autorisation du tribunal, cet acte sera annexé au registre de l'état civil. »

Lorsque ce décret de 1813 fut promulgué aurait-on pu soutenir sérieusement qu'il pouvait, par analogie, être étendu à tous les cas de disparition *après une bataille, un naufrage ou tel autre accident ayant pu procurer la mort*, ainsi que s'exprimait l'art. 8 du projet primitif? Personne n'aurait osé le prétendre. L'analogie n'est qu'apparente, et c'est ce qui explique la portée limitative du décret de 1813. Quand un accident quelconque, éboulement ou explosion, se produit dans une mine, on sait à n'en pas douter que les ouvriers qui en ont été les victimes, sont sous les décombres, à l'état de cadavres. Quant au contraire un individu a disparu après une bataille, un naufrage, un incendie, on ne sait qu'une chose, *c'est qu'il a disparu;* peut-être est-il dans quelque lieu ignoré, en fuite ou prisonnier. Le décès n'est pas certain.

357. Dans de semblables circonstances, il n'y a de place que pour la procédure à suivre en matière d'absence, à moins qu'une loi spéciale ne vienne simplifier cette procédure ou admettre des moyens de preuve autres que l'acte inscrit sur les registres. C'est précisément ce qui a été fait pour les militaires décédés pendant les guerres de la République et du premier Empire. Une loi du 13 avril 1817, sur laquelle nous

aurons à revenir quand nous parlerons de l'absence, contient en effet les dispositions suivantes :

« Art. 1er. Lorsqu'un militaire ou un marin en activité pendant les guerres qui ont eu lieu depuis le 21 avril 1792 jusqu'au traité de paix du 20 novembre 1815, aura cessé de paraître, avant cette dernière époque, à son corps et au lieu de son domicile ou de sa résidence, ses héritiers présomptifs ou son épouse pourront dès à présent se pourvoir au tribunal de son dernier domicile, soit pour faire déclarer son absence, soit pour faire constater son décès, soit pour l'une de ces fins au défaut de l'autre. »

Les art. 2 à 4 ont trait à la procédure ;

« Art. 5. La preuve testimoniale du décès pourra être ordonnée conformément à l'art. 46, C. C., s'il est prouvé, soit par l'attestation du ministre de la justice ou de la marine, soit par toute autre voie légale, qu'il n'y a pas eu de registres, ou qu'ils ont été perdus ou détruits en tout ou en partie, ou que leur tenue a éprouvé des interruptions.

« Art. 13. Les dispositions du Code civil relatives aux absents, auxquelles il n'est pas dérogé par la présente loi, continueront d'être exécutées. »

Cette loi de 1817 a été remise en vigueur par une loi du 9 août 1871 pour constater judiciairement le sort des militaires et marins, et même de tous autres Français disparus par suite de faits de guerre entre le 19 juillet 1871 jusqu'au traité de paix du 31 mai 1871.

Il résulte avec la dernière évidence de cet état de la législation que la constatation du décès ne peut avoir lieu que par la rédaction d'un acte dressé régulièrement sur présentation du cadavre,

Ou par la preuve testimoniale dans les cas prévus par l'article 46 ;

Ou par les procédures exceptionnelles autorisées par les lois de 1817 et 1871 ;

Ou par le procès-verbal réglé par la loi de 1813 pour les accidents survenus dans les mines, et qu'en dehors de ces hypothèses ceux qui ont intérêt à faire prévaloir judiciairement l'opinion du décès d'une personne, n'ont d'autre voie ouverte que celle d'une demande en déclaration d'absence.

358. Cependant la jurisprudence et la généralité des auteurs admettent, sous prétexte d'analogie, l'application des dispositions précitées du décret du 3 janvier 1813 à tous les cas où par suite d'un accident quelconque tels que naufrage, incendie, explosion, etc., il est impossible de représenter les cadavres des personnes dont le décès est allégué (1), à moins que les circonstances connues ne paraissent pas suffisamment probantes (2).

Cette solution est absolument contraire à la lettre comme à l'esprit de la loi; elle est surtout déterminée par le désir de soustraire, dans les cas proposés, la constatation des décès aux lenteurs de la procédure de déclaration d'absence. Mais tout cela prouve qu'une réforme législative est indispensable pour autoriser la constatation des décès par jugement. A la suite d'une pétition de M. de Courcy, un projet de loi a été élaboré dans ce but et soumis au Conseil d'État; mais il n'est pas encore venu en discussion (3). La réforme dont il s'agit ne devrait pas être limitée à la constatation des décès, elle devrait être combinée avec une refonte complète du titre de *l'absence*, sur les bases toutes préparées de la loi du 13 janvier 1817.

(1) Rouen, 11 oct. 1889, D. 90, 2, 305; Bordeaux, 15 fév. 1888, D. 89, 2, 197; Besançon, 30 juillet 1878, D. 79, 2, 34; Bordeaux, 6 mars 1874, D. 78, 5, 12.

(2) Bordeaux, 2 juin 1875, 7 fév. 1876, D. 78, 5, 11.

(3) Voy. *Étude* sur ce projet par M. Bufnoir; *Bull. du comité des travaux hist. et scientif.*, 1885, p. 107. — L'Autriche et l'Italie ont déjà réalisé cette réforme ; pour l'Autriche, Voy. *Annuaire de la Soc. de législ. comp.*, 13e année, p. 334; pour l'Italie, art. 1391, C. civ. italien.

CHAPITRE VI.

DE LA RECTIFICATION DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

359. — Art. 99. Cas dans lesquels il y a lieu à rectification.
360. — Qui peut demander la rectification? Le ministère public le peut-il?
361. — Compétence et procédure.
362. — Art. 100. Effets du jugement de rectification, d'abord à l'égard des parties en cause;
363. — Ensuite à l'égard des tiers, intéressés ou non.
364. — Art. 101. Inscription sur les registres des jugements de rectification.
365. — De la création d'un *casier civil* analogue au *casier judiciaire*.

359. L'omission des formalités ou énonciations prescrites en matière d'actes de l'état civil, n'entraîne pas la nullité de ces actes, mais seulement des pénalités, soit contre l'officier de l'état civil (art. 50, 156), soit contre les parties elles-mêmes (art. 192), et d'autres personnes encore (art. 346, C. P.). — Mais l'acte irrégulier doit demeurer tel quel tant que sa rectification n'a pas été ordonnée par la justice elle-même, et alors la rectification résultera, non d'une correction matérielle modifiant l'aspect extérieur de l'acte, mais de l'inscription sur le registre du jugement de rectification.

ART. 99. Lorsque la rectification d'un acte de l'état civil sera demandée, il y sera statué, sauf l'appel, par le tribunal compétent, et sur les conclusions du procureur de la République. Les parties intéressées seront appelées, s'il y a lieu.

Il peut y avoir lieu à rectification d'un acte de l'état civil :

1° Quand cet acte ne contient pas les énonciations que la loi exige ou désire, sans qu'il y ait à distinguer entre les mentions substantielles et celles qui ne le sont pas (1), ou qui sont simplement complémentaires (2), sauf en ce dernier cas

(1) Cass. 17 août 1843, P. 44, 1, 557.
(2) Cass. 1er juin 1863, S. 63, 1, 447.

le pouvoir d'appréciation appartenant aux tribunaux (1).

La Cour de cassation a étendu cette doctrine au cas d'omission dans l'acte d'un titre nobiliaire résultant de pièces régulières (2) ;

2° Quand l'acte contient des énonciations qu'il ne devrait pas contenir (3) ;

3° Quand l'acte contient des énonciations fausses, ou seulement inexactes ; par exemple des noms patronymiques mal orthographiés. Rentre dans les questions d'orthographe le point de savoir si le nom indiqué dans un acte de naissance doit ou non être précédé de la préposition *de* (4), cette préposition n'étant ni indicative ni attributive d'une qualité nobiliaire (5) ;

4° Lorsque l'acte est irrégulier en la forme ou a été inscrit sur une feuille volante ;

5° Lorsque l'acte n'a pas été inscrit dans les délais de la loi (6) ;

6° Lorsque l'acte a été omis (7) ;

7° Lorsqu'il y a eu changement de nom autorisé par décret.

360. Le droit de demander la rectification appartient à toute personne dont l'intérêt pécuniaire ou simplement moral est engagé dans la question soulevée (8), et le demandeur ne saurait être déclaré non recevable sous prétexte que les énonciations à rectifier ont été insérées sur ses propres déclara-

(1) Nancy, 7 mai 1864, S. 64, 2, 102.

(2) Cass. 14 mars 1865, S. 66, 1, 435 ; Cass. 1er juin 1863, S. 63, 1, 447.

(3) Orléans, 1er août 1863, S. 64, 2, 101.

(4) Voy. Limoges, 9 avril 1878, S. 78, 2, 195 ; D. 78, 2, 121 ; P. 78, 855 et autres nombreux arrêts.

(5) Dijon, 23 mars 1859, S. 59, 2, 407.

(6) Avis du Cons. d'État du 12 brum. an XI.

(7) *Ibid.*

(8) Ex. Cass. 29 juin 1863, S. 63, 1, 433.

tions (1), ou par lui reconnues dans un acte public antérieur, par exemple dans une donation (2).

Le ministère public n'a pas qualité pour prendre l'initiative d'une demande en rectification. Il est seulement *partie jointe* dans les instances de cette nature, et il doit se borner à donner ses conclusions (art. 99, C. C. et art. 83-2°, C. pr. civ.).

Il y a cependant des exceptions à ce principe :

Ainsi, le ministère public a qualité pour poursuivre les rectifications intéressant l'état civil des indigents (3).

Il peut encore agir directement lorsque la déclaration prescrite par la loi du 10 juillet 1850 sur la publicité des contrats de mariage a été omise ou qu'elle est erronée.

Faut-il admettre une troisième exception pour les cas où la rectification paraîtrait de nature à intéresser ce qu'on est convenu d'appeler l'ordre public? Jusqu'en 1860, la Cour de cassation s'est prononcée pour la négative (4). Mais en 1862 la Chambre civile adopta l'opinion contraire (5), et depuis cette époque la jurisprudence s'est toujours prononcée dans ce sens (6).

Mais quand l'ordre public peut-il être considéré comme intéressé à une rectification d'un acte de l'état civil? La jurisprudence donne comme exemple le cas où, dans l'intérêt de l'application des lois militaires, il y a lieu de rectifier l'erreur commise sur le véritable sexe de l'enfant (7), et ceux fort nombreux où l'acte de l'état civil attribue à une personne une qualification nobiliaire qui ne lui appartient pas (8).

(1) Bastia, 5 août 1840, D. 40, 2, 220.
(2) Trib. civ. Seine, 11 janv. 1889, *Droit*, 22 janv. 89.
(3) L. 25 mars 1817, art. 75; L. 10 juillet-10 déc. 1850.
(4) Cass. 21 nov. 1860, D. 60, 1, 477; Cass. 19 déc. 1860, D. 61, 1, 87.
(5) Cass. 22 janv. 1862, D. 62, 1, 26.
(6) Cass. 25 mars 1867, S. 67, 1, 215; Paris, 3 juin 1867, S. 68, 2, 191.
(7) Poitiers, 26 mai 1846, S. 46, 2, 462.
(8) Cass. 25 mai 1869, S. 69, 1, 308; Cass. belge, 5 mai 1881, S. 81, 4, 44.

Mais ce ne sont là que des exemples; il faudrait trouver une formule plus précise, et c'est là une difficulté insurmontable quand il est question d'ordre public. D'après la notion que nous avons essayé de nous faire de l'ordre public (*suprà*, n° 186), on a pu comprendre que cet ordre avait trait à l'arrangement résultant des lois ayant pour objet, notamment, de fixer l'état des personnes..... L'ordre public serait donc intéressé dans tous les cas de rectification, puisque dans tous ces cas il s'agirait d'assurer et garantir le véritable état des personnes. Le ministère public aurait donc le droit d'agir d'office dans tous les cas. Or, il est certain qu'il n'en est pas ainsi. L'art. 99, C. C., semble indiquer que le droit d'agir n'appartient qu'aux parties intéressées, et un avis du Conseil d'État du 13 nivôse an X est conçu dans le même sens. Ceci nous conduit à conclure que la première jurisprudence de la Cour de cassation refusant au ministère public le droit de demander la rectification des actes de l'état civil sous prétexte d'ordre public, est seule conforme à l'esprit de la loi. M. Laurent admet qu'en règle générale les parties intéressées peuvent seules agir, et que le ministère public ne le peut que *si la société a un intérêt évident à la rectification* (1). Mais cette formule est aussi vague que celle de l'*ordre public*, et la société a toujours intérêt à ce que l'état civil d'une personne soit établi conformément à la vérité et de manière à éviter toute confusion.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence qui reconnaît au ministère public le droit d'agir d'office, produit certaines conséquences. Ainsi, il a été jugé que lorsque l'action du ministère public en rectification d'acte de l'état civil est fondée non sur un fait contraventionnel pouvant motiver une répression pénale, mais sur une faute entraînant une réparation pécuniaire en vertu de l'art. 1382, elle ne s'éteint que par la

(1) T. II, n° 32.

prescription de trente ans (1), et que le ministère public a qualité pour demander, au nom de l'État qu'il représente, la condamnation aux frais de la procédure en rétablissement d'un acte omis, contre le maire dont la faute a rendu ce rétablissement nécessaire (2).

361. L'action en rectification, dans les cas d'irrégularité matérielle, sera portée devant le tribunal du greffe où est déposé le registre (3), et il sera procédé dans les formes prescrites par l'art. 855, C. pr. c., pour les cas où il n'y a pas de défendeur intéressé à mettre en cause. Dans les cas au contraire où il faudrait appeler en cause des parties intéressées, on devra appliquer les règles ordinaires de compétence et saisir le tribunal par action principale. Mais il arrive quelquefois que la rectification se présente comme devant être la conséquence de la solution à donner à une question d'état. Dans ce cas, la question d'état absorbe en quelque sorte la demande accessoire qui l'accompagne; les deux questions devront être soumises, conformément à la règle générale, au tribunal du domicile du défendeur (4) et portées ensemble en appel à l'audience solennelle (5).

Les décisions rendues en matière de rectification ont tous les caractères des jugements et par conséquent sont susceptibles d'appel (6), sans qu'il y ait à distinguer entre les cas où il y a deux parties en cause plaidant l'une contre l'autre et le cas où il n'y a qu'un demandeur ayant agi par voie de requête.

Le délai de l'appel étant le délai ordinaire du droit commun,

(1) Limoges, 15 mai 1889, D. 90, 2, 307.
(2) *Ibid.*
(3) Circ. 10 août 1836, et 28 nov. 1839; Metz, 25 août 1863, S. 63, 2, 190.
(4) Cass. 13 nov. 1882, S. 83, 1, 272.
(5) Cass. 13 fév. 1860, D. 60, 1, 341.
(6) Rennes, 21 mai 1845, D. 45, 4, 21.

auquel se réfère l'art. 858, C. pr. c., se trouve naturellement réduit à deux mois par la loi du 3 mai 1862 qui n'a laissé en dehors de ses prescriptions que les *délais spéciaux* (1).

362.

ART. 100. Le jugement de rectification ne pourra, dans aucun temps, être opposé aux parties intéressées qui ne l'auraient point requis, ou qui n'y auraient pas été appelées (*).

Les effets du jugement de rectification doivent être envisagés, d'abord à l'égard des parties en cause, ensuite à l'égard des personnes qui n'étaient pas en cause, et qu'on peut appeler *les tiers*.

En ce qui touche les personnes en cause, la décision rendue doit produire un effet absolu et sans restriction; les tribunaux ne pourraient décider, par exemple, que la rectification ordonnée ne produira d'effet que pour tel cas déterminé, notamment pour contracter mariage (2).

363. En ce qui touche les tiers, il faut distinguer entre ceux qui n'avaient aucune espèce d'intérêt dans la question soulevée par la demande en rectification, et ceux qui pouvaient avoir un intérêt.

A l'égard des tiers non intéressés, le jugement de rectification fait foi pour toutes les énonciations qu'il a rectifiées. Les débiteurs de la personne que concerne l'acte rectifié, sont considérés comme sans intérêt, et le jugement de rectification peut leur être opposé.

A l'égard des tiers intéressés ce jugement est considéré comme non avenu, s'il a été rendu hors de leur présence.

Ainsi par exemple : deux enfants sont inscrits sur les registres de l'état civil comme fils légitimes des mêmes auteurs. Un tiers obtient un jugement de rectification de son acte de

(*) Art. 100. — Arg. L. 27, § 4, D. 2, 14, *De pactis*.

(1) Le contraire a été admis par erreur par la Cour de Bordeaux, 15 fév. 1888, D. 89, 2, 197 et la note.

(2) Rennes, 21 mai 1845, D. 45, 4, 10.

naissance et se fait ainsi déclarer fils légitime des mêmes auteurs, mais il n'a mis en cause que l'un des deux frères, il ne pourra pas opposer à l'autre le jugement par lui obtenu (1).

A l'inverse, les tiers intéressés ne pourront pas se prévaloir d'un jugement rendu dans une instance où ils ne figuraient pas; ainsi, trois enfants sont inscrits dans leur acte de naissance comme enfants légitimes des mêmes auteurs; si le premier, agissant en rectification contre le second pour le faire déclarer enfant naturel, obtient gain de cause, le troisième qui n'était pas dans l'instance ne pourra pas se prévaloir vis-à-vis du second, du jugement qui a été rendu.

Ce sont les effets ordinaires de la chose jugée (art. 1351), qui consacre des situations essentiellement relatives.

L'indivisibilité de l'état des personnes n'a rien à voir en pareille occurrence, car celui qui a pu faire consacrer en sa faveur un certain état civil vis-à-vis de certaines personnes, jouira vis-à-vis de ces personnes de cet état d'une manière indivisible, sauf à avoir, vis-à-vis d'autres personnes, un état différent d'une manière également indivisible.

364.

ART. 101. Les jugements de rectification seront inscrits sur les registres par l'officier de l'état civil, aussitôt qu'ils lui auront été remis; et mention en sera faite en marge de l'acte réformé.

Aucun extrait de l'acte rectifié ne pourra être désormais délivré, sans mention de la rectification faite comme il vient d'être dit.

Une circulaire ministérielle du 10 août 1836 trace les conditions à remplir pour faire rectifier, quand il y a lieu, les actes de l'état civil des Français reçus en pays étranger par les agents diplomatiques ou par les consuls.

L'art. 75 de la loi de finances du 25 mars 1817 porte que: seront visés pour timbre et enregistrés gratis, les actes de

(1) Voy. sur une espèce analogue Colmar, 29 nov. 1843, P. 44, 1, 624.

procédure et les jugements à la requête du ministère public ayant pour objet : 1° de réparer les omissions et faire les rectifications sur les registres de l'état civil d'actes qui intéressent les individus notoirement indigents ; 2° de remplacer les registres de l'état civil perdus ou incendiés par les événements de la guerre, et de suppléer aux registres qui n'auraient pas été tenus.

Enfin nous devons mentionner une loi du 10 décembre 1850, dont l'art. 3 dispose : tous jugements de rectification ou d'inscription des actes de l'état civil, toutes homologations d'actes de notoriété, et généralement tous actes judiciaires ou de procédure nécessaires au mariage des indigents seront poursuivis et exécutés d'office par le ministère public.

365. Les registres de l'état civil tenus suivant les règles qui viennent d'être exposées renferment donc les actes qui constatent ou modifient l'état de famille : naissances, mariages, divorces, reconnaissances, décès. Mais il y a encore un grand nombre d'événements juridiques pouvant influer non seulement sur la capacité, mais encore sur la solvabilité des personnes. Il est certain que les tiers auraient le plus grand intérêt à connaître ces événements. C'est ce qui a fait naître la pensée de créer un *casier civil* analogue au casier judiciaire. La Chambre des députés a même été saisie d'une proposition tendant à la création d'un casier civil de tous les Français.

« Ce casier, dans lequel tout le monde aurait le droit de puiser des renseignements, contiendrait, pour chaque personne, le relevé des actes de sa vie civile au point de vue de l'absence, des adoptions, des faillites, des contrats de mariage, des tutelles, des mariages, des divorces, des séparations de corps, des reconnaissances et légitimations d'enfants, etc. Il serait tenu dans chaque arrondissement du lieu de naissance par le conservateur des hypothèques. Les extraits en seraient délivrés, après réquisition, sur papier timbré et donneraient lieu à la perception d'un droit fixe d'un

franc, dont moitié serait au profit de l'Etat, et moitié au profit de l'agent certificateur (1). »

La pensée est bonne, mais ne serait réalisable que dans un très petit Etat; ce qui a rendu possible l'établissement d'un casier judiciaire, c'est qu'il ne concerne qu'une catégorie relativement bien restreinte d'individus, les condamnés. Tandis que le casier civil s'étendrait à toutes les personnes des deux sexes parvenues à l'âge où commence la vie civile, la majorité ou l'émancipation; le nombre des dossiers à former et à tenir au courant serait incalculable. D'un autre côté les événements de la vie civile qui devraient être consignés dans ce casier sont fort nombreux ; l'auteur de la proposition les avait classés dans une nomenclature ne comprenant pas moins de vingt-cinq numéros. Les documents concernant chacun de ces faits provenant de sources différentes, devraient donc être centralisés au chef-lieu de la conservation des hypothèques, sans qu'on puisse avoir de certitude absolue, ni quant à la régularité des transmissions, ni quant à la complète exactitude des renseignements transmis (2).

(1) *J. Officiel. Rapport sommaire* de M. GANIVET, annexe au procès-verbal de la séance du 17 fév. 1887.

(2) Voy. *ibid.*

TITRE TROISIÈME.

DU DOMICILE.

366. — Notion du domicile, art. 102.
367. — Raison d'être du domicile.
368. — Intérêt que présente la constatation du domicile.
369. — Du domicile *général*.
370. — Le Français peut avoir son domicile à l'étranger.
371. — De l'unité du domicile : 1° à l'égard des particuliers;
372. — 2° à l'égard des personnes morales.
373. — Du principal établissement; domicile d'*origine*.
374. — Changement de domicile, art. 103, 104 et 105; domicile de *choix*.
375. — La détention n'empêche pas la conservation de l'ancien domicile;
376. — Ni la condamnation au bannissement; ni l'interdiction de séjour;
377. — Ni l'expulsion d'une colonie d'un Français qui y est domicilié ;
378. — Ni l'arrestation et l'envoi en France d'un Français domicilié à l'étranger.
379. — L'exil entraîne la perte du domicile.
380. — De la liberté de la résidence et de l'inviolabilité du domicile.
381. — Des fonctions publiques dans leur rapport avec le domicile, art. 106 et 107.
382. — Domicile *légal* de certaines personnes, art. 108; — Influence de la naturalisation du mari à l'étranger, et de la séparation de corps.
383. — *Quid* si le mari interdit a un tuteur autre que sa femme?
384. — Du domicile des mineurs et interdits.
385. — Leur domicile chez le tuteur est une sorte de *domicile élu*.
386. — Conséquence quant au domicile de la femme de l'interdit.
387. — Du domicile des enfants mineurs en cas de divorce des père et mère.
388. — Domicile des enfants naturels.
389. — Cessation du domicile légal des incapables.

390. — Domicile légal des majeurs travaillant chez autrui, art. 109.
391. — Le domicile détermine le lieu de l'ouverture de la succession, art. 110.
392. — Compétence des tribunaux civils pour les questions de domicile.
393. — Du domicile élu, art. 111, ses effets.

366.

Art. 102. Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement (*).

Le domicile (*domum colere*), indique le fait d'habiter un séjour. Dans le sens vulgaire cette expression signifie le séjour lui-même, et est employée comme synonyme de résidence. Dans la langue juridique, le sens de cette expression est différent ; ce n'est pas *un lieu*, puisque d'après le texte de la loi, il est *au lieu*... c'est donc une relation légale qui existe entre une personne et le lieu où elle a son principal établissement. Une telle relation, envisagée en elle-même, ne rentre ni dans le droit de famille, ni dans le droit de propriété, ni dans le droit de créance, mais elle intéresse à la fois le droit de famille ainsi que le fonctionnement du droit de propriété et du droit de créance; elle se rattache à l'état de la personne, et c'est ce qui explique la place qu'elle occupe dans le Code.

Le domicile est donc une abstraction juridique dont le siège a été fixé par la loi au lieu où la personne juridique est censée présente ; c'est donc le séjour légal de la personne juridique qu'il ne faut pas confondre avec la résidence de la personne physique.

367. Mais pourquoi se préoccuper du domicile de la personne? D'après l'art. 8 tout Français jouit des droit civils, et nous ne voyons pas que la *jouissance* des droits civils soit subordonnée à des conditions quelconques de domicile. Fau-

(*) Art. 102. — L. 7, C. 10, 39, *De incolis;* cap. 29, *Decret. Greg.*, 1, 3, *De rescriptis;* cap. 17, *Decret. Greg.*, 1, 3, *De foro compet.*

drait-il dire alors que c'est l'*exercice* des droits civils qui est subordonné à la question du domicile ? au premier abord on serait tenté de le croire car l'art. 102 se préoccupe du domicile *quant à l'exercice* des droits civils des Français... Mais il est certain que si le législateur a parlé de l'*exercice des droits civils* c'est uniquement pour faire comprendre qu'il ne s'agissait pas des droits politiques dont il appartenait à des lois spéciales de régler les conditions d'exercice. La capacité civile peut s'exercer partout où la personne se trouve, et non pas seulement au lieu où elle a son principal établissement. Partout on jouit des droits civils, de même que partout on peut les exercer ; partout on peut aliéner, acquérir, faire un testament. Il n'y a d'exception que pour les droits civils dont l'exercice requiert l'intervention d'un officier public (mariage, adoption, émancipation), la compétence de cet officier est alors déterminée par le domicile.

Ainsi donc, en général, la jouissance et l'exercice des droits civils sont indépendants du domicile. Quels genres d'intérêt soulève donc la solution des questions de domicile ?

Les questions de domicile ont toujours présenté une sérieuse importance, surtout dans l'ancien droit, à cause de la diversité des coutumes. Ainsi, les dettes mobilières et les rentes constituées à prix d'argent étaient régies par la coutume du domicile du créancier, les rentes foncières suivaient au contraire la coutume du lieu où étaient situés les fonds auxquels elles étaient attachées. — Les successions étaient partagées, savoir : pour les meubles d'après la coutume du lieu où le défunt avait son domicile au moment de son décès, pour les immeubles d'après la coutume du lieu de leur situation.

L'unité de législation a fait disparaître en France les iniquités et les difficultés qui dérivaient d'un pareil état de choses, et c'est à d'autres points de vue que les questions de domicile présentent aujourd'hui de l'intérêt.

Il faut d'abord observer que l'état civil des Français est toujours réglé par la loi française, sans qu'il y ait à se préoccuper du domicile. La remarque n'est pas sans importance, parce qu'il n'en est pas ainsi chez tous les peuples. Certains, en effet, ont pensé que l'état des personnes était en relation plus étroite avec leur domicile qu'avec leur patrie, et préfèrent, en cas de conflit, la loi du domicile à la loi nationale. Certains auteurs ont même cru pouvoir appliquer ce point de vue aux Français, en tirant argument de l'art. 3, § 3, C. C., qui soumet à la loi française le Français *résidant* en pays étranger, et par conséquent n'y soumettrait pas le Français qui y est *domicilié* (1). Or il semble évident que le mot *résidant* est employé dans ce texte suivant son sens le plus large, pour s'appliquer à tous les Français qui se trouvent hors du territoire, qu'ils soient de passage à l'étranger, qu'ils y résident, ou même qu'ils y soient réellement domiciliés (V. *ci-dessus*, n° 140).

368. Laissant ce point de vue de côté, voyons dans quel cas il peut y avoir intérêt à connaître le domicile d'une personne :

1° Le domicile du défunt détermine le lieu où s'ouvre sa succession (*infrà*, art. 110). Il est vraiment singulier que ce cas soit le seul indiqué dans le titre du Code spécialement consacré au domicile. En effet : l'art. 102 annonce qu'il va être question du domicile de tout Français en ce qui touche *ses droits civils*, et l'art. 110 nous apprend que l'intérêt de la question consiste en ce que le domicile détermine le lieu où s'ouvre la succession du domicilié ; or, dans ce cas l'intérêt de la question n'apparaît qu'après la mort de ce dernier et ne concerne que ses héritiers. Aussi faut-il chercher les autres cas en dehors des dispositions de notre titre.

2° Le domicile est attributif de juridiction ; il détermine la

(1) DEMANGEAT sur FŒLIX.

compétence personnelle des tribunaux, en vertu de la règle : *actor sequitur forum rei* (Voy. art. 2, 59, 69 § 58, C. pr. c.);

3° Il détermine le lieu où le mariage doit être célébré (articles 74, 165, 166, C. C.);

4° Le lieu où doit être formé le contrat d'adoption (art. 353, C. C.);

5° Le lieu où doit être convoqué le conseil de famille en matière de tutelle (art. 406, C. C.);

6° Le lieu où peuvent être faites les significations d'exploit, suivant la règle générale de l'art. 68, C. pr. c.;

7° Le domicile est attributif de droit pour les *portions affouagères* (art. 105, C. for.).

8° Le domicile est encore attributif du droit d'être admis au partage des biens communaux (1). — En est-il ainsi pour la jouissance de ces mêmes biens, ou la qualité de propriétaire dans la commune suffit-elle? La question est controversée (2). Nous l'examinerons sous l'art. 542, C. C.

Enfin, dans quelques autres hypothèses, le domicile exerce une certaine influence, et nous aurons à les signaler au fur et à mesure qu'elles se présenteront.

369. La loi admet deux espèces de domiciles; il y a d'abord le domicile que l'art. 111, C. C., et l'art. 105, C. for., appellent *réel et fixe*, et par conséquent un autre ou plusieurs autres domiciles qui ne présentent pas ce caractère de fixité et de réalité.

Il y a donc un domicile réel et un domicile qui ne l'est pas. Mais comme l'expression *domicile réel* pourrait faire confondre un tel domicile avec la simple résidence, il vaut mieux l'appeler *domicile général*. Les autres domiciles seront par conséquent des *domiciles spéciaux;* s'il est exact, en effet,

(1) Voy. L. 28 sept. 1791, tit. 1, sect. 4 et rapport de M. le cons. Guillemard, Cass. 5 août 1872, D. 72, 1, 408.

(2) V. note sous l'arrêt précité.

que le domicile exprime simplement la relation qui existe entre une personne et un lieu, on peut concevoir autant de domiciles spéciaux qu'il peut y avoir d'espèces différentes de relations. Mais le domicile permanent, le domicile général, celui que le législateur appelle le domicile *réel*, c'est celui qui est défini par l'art. 102, c'est le domicile quant à l'exercice des droits civils envisagés aux divers points de vue qui viennent d'être ci-dessus indiqués.

Ce domicile, qui résulte du principal établissement, est le domicile de *tout Français* dit l'art. 102. Cette rédaction a permis de se demander si un étranger non admis à domicile, pouvait avoir son domicile en France. Nous avons plus haut examiné la question (Voy. ci-dessus n° 268) et reconnu que l'affirmative ne pouvait plus aujourd'hui présenter de difficulté.

370. A l'inverse, on s'est demandé si un Français pouvait avoir son domicile à l'étranger. Demolombe après avoir soutenu que l'étranger ne pouvait avoir un domicile en France, enseigne naturellement qu'un Français ne peut avoir son domicile à l'étranger (1). C'est encore là une de ces vieilles questions dont il suffit aujourd'hui d'indiquer la solution. La Cour de cassation a reconnu avec raison que le Français, libre de fixer où il l'entend son principal établissement, peut, au regard de la loi française, être domicilié à l'étranger, et que, notamment, ce domicile doit déterminer l'ouverture de la succession en ce qui concerne les valeurs mobilières (2).

371. Enfin, on discutait autrefois le point de savoir si un Français pouvait avoir deux ou plusieurs domiciles. La négative est certaine; l'unité du domicile résulte de ce qu'il est attaché d'une manière réelle et fixe au *principal établissement.*

(1) T. I, n° 349.

(2) Cass. 6 mars 1888, D. 88, 1, 486; Cass. 21 juin 1865, D. 65, 1, 410. Voy. LAURENT, t. II, n° 67.

Or, il n'y a qu'un seul établissement qui puisse apparaître comme principal. Du reste la question ne paraît pas avoir d'intérêt pratique, car si une personne avait plusieurs établissements ou résidences d'importance à peu près égale, la bonne foi exigerait qu'on validât les significations faites à l'une de ces résidences, et le tribunal de chaque résidence pourrait se trouver compétent, sans que le défendeur puisse se prévaloir d'une équivoque qu'il a lui-même créée, et qu'il est libre de faire cesser.

372. Que faut-il décider à l'égard des personnes morales? Peuvent-elles avoir plusieurs domiciles si elles ont plusieurs maisons ou succursales sur différents points du territoire?

Pour les personnes morales, qui n'ont qu'une existence fictive, il ne saurait être question de domicile proprement dit, moins encore de résidence pouvant tenir lieu de domicile. Mais précisément parce qu'il s'agit d'une personne ayant seulement une existence fictive, il est facile d'admettre, dans le cas où elle possèderait plusieurs maisons ou succursales, qu'elle se subdivise en autant de personnes distinctes qu'il y a de succursales. C'est ce qui a été décidé par la loi pour les congrégations religieuses déjà autorisées. Chaque établissement nouveau formé par ces congrégations doit recevoir une autorisation spéciale et obtient la personnalité civile (1).

On doit admettre une solution analogue pour les sociétés de commerce ayant plusieurs centres d'opérations. Les auteurs n'examinent même la difficulté qu'à l'égard des sociétés de commerce; la jurisprudence décide en général que les sociétés ont autant de domiciles que de succursales (2). Il serait plus vrai de dire que les personnes morales ne pouvant avoir un véritable domicile (3), l'unité du domicile uniquement

(1) Voy. L. 24 mai 1825, art. 3.
(2) Voy. DEMOLOMBE, t. I, n° 375.
(3) Voy. LAURENT, t. II, n° 70.

créée pour les *Français*, c'est-à-dire pour les personnes physiques, ne saurait les concerner. Elles sont donc représentées par leur *maison sociale*, comme dit l'art. 69, § 6, C. pr. c. Or, cet article prévoyant le cas où il n'y aura pas de *maison sociale*, permet d'assigner les sociétés *en la personne* ou *au domicile de l'un des associés;* c'est-à-dire que la société, qui n'a pas de maison sociale, sera traitée comme si elle avait son domicile chez chacun des associés, considéré isolément. La pluralité des domiciles est donc admise en ce cas; elle doit l'être à plus forte raison quand la société a plusieurs maisons sociales distinctes.

373. Pour les particuliers, comme pour les sociétés, sauf la difficulté qui vient d'être examinée, le domicile résultera de l'existence d'un principal établissement. Mais à quoi reconnaîtra-t-on le principal établissement d'un particulier ou d'une société? C'est là évidemment une question de fait rentrant dans les attributions du juge du fond (1).

La solution de cette question de fait sera plus facile si l'on distingue entre le domicile d'*origine*, le domicile de *choix* et le domicile *légal*.

Le domicile d'origine est celui qui est attribué à toute personne dès sa naissance, et qu'elle conserve jusqu'à ce qu'il lui plaise d'en changer, c'est-à-dire de l'abandonner pour en acquérir un autre.

Ce domicile, que les anciens auteurs appelaient *naturel* et quelquefois *paternel* (2), peut dans certains cas être inconnu, en fait, par exemple, quand il s'agit de nomades, fils de nomades, mais il n'en existe pas moins. Quand l'art. 59, § 1, C. pr. civ., parle d'individus *n'ayant pas de domicile*, il veut évidemment parler *d'individus* n'ayant pas un *domicile connu*,

(1) Voy. notam. Cass. 6 mars 1888, D. 88, 1, 486 et les renvois; Cass. 20 nov. 1889, S. 90, 1, 155.

(2) Pothier, *Introduc. aux cout.*, n° 12.

ainsi que l'explique l'art. 69, § 2, du même Code. Par conséquent tout Français a nécessairement un domicile, c'est le domicile d'origine, et si ce domicile est inconnu, la résidence en tiendra lieu à l'égard des tiers.

Pour les étrangers naturalisés, il ne saurait être question d'un domicile d'origine en France, mais leur domicile réel sera déterminé par le lieu de leur résidence au moment du décret de naturalisation (1).

Le domicile d'origine, et c'est là ce qui fait son importance, se conserve par la seule intention, tant qu'il n'est pas prouvé qu'on en a acquis un autre. Ce principe n'est plus aujourd'hui contesté, et est appliqué par une jurisprudence constante (2).

374. Le domicile d'origine ne peut donc disparaître que par un changement de domicile.

Ce changement de domicile peut d'abord résulter de la volonté libre des parties :

ART. 103. Le changement de domicile s'opérera par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement (*).

ART. 104. La preuve de l'intention résultera d'une déclaration expresse, faite tant à la municipalité du lieu qu'on quittera, qu'à celle du lieu où l'on aura transféré son domicile.

ART. 105. A défaut de déclaration expresse, la preuve de l'intention dépendra des circonstances (**).

Le domicile acquis par le fait du changement d'un domicile antérieur constitue le domicile de choix.

Pour l'établissement d'un tel domicile l'intention et le fait correspondant sont nécessaires. Le fait sans l'intention ne suffirait pas, ni l'intention sans le fait. Le fait matériel est facile à prouver; l'intention est plus difficile à établir. Elle

(*) Art. 103. — L. 3, 20, D. 50, 1, *Ad municip.*

(**) Art. 105. — L. 2 § 2, 6 § 2, 27 § 1, 35, D. 50, 1, *Ad municip.*

(1) Cass. 23 mai 1889, S. 90, 1, 175.

(2) Cass. 24 mai 1890, S. 90, 1, 420 et la note; Cass. 24 avril 1883, D. 84, 1, 101; Paris, 4 fév. 1876, D. 76, 2, 193.

peut être expresse ou tacite. La preuve de l'intention résultera le plus souvent des circonstances. Le Code a organisé un moyen de preuve résultant de la double déclaration dont il parle pour rendre plus facile la preuve de l'intention.

Quand la double déclaration a été régulièrement faite, il ne peut plus y avoir de doute sur la réelle intention du déclarant de changer de domicile ; à moins qu'il ne soit démontré que cette déclaration avait pour but de faire fraude à la loi, ou de préjudicier aux droits d'un tiers, auxquels cas elle serait inopérante (1).

D'un autre côté, cette même déclaration ne produirait aucun effet, si elle n'était accompagnée de la translation effective de l'habitation dans la commune nouvellement choisie (2), et le point de savoir si cette translation s'est réellement effectuée soulève une pure question de fait (3). Quand cette translation a eu lieu, le changement de domicile se trouve immédiatement réalisé, car le Code n'a pas reproduit une disposition de l'art. 173 de la Coutume de Paris qui exigeait une résidence d'an et jour.

Théoriquement, il en sera de même dans le cas où la translation effective de l'habitation, avec intention de changer de domicile, se sera produite, sans que la double déclaration dont parle l'art. 104 ait été faite. Mais comme, en pareille hypothèse, la preuve de l'intention résulte uniquement des circonstances, il faudra que la nouvelle résidence ait eu une certaine durée pour pouvoir constituer l'une des circonstances de nature à témoigner de l'intention de la personne. Quand cette justification aura lieu, le changement de

(1) Cass. 6 mars 1888, D. 88, 1, 486 et les renvois; Cass. 15 mai 1882, D. 83, 1, 223.

(2) Cass. 20 nov. 1889, S. 90, 1, 155; Cass. 7 sept. 1885, D. 86, 1, 159 et les renvois.

(3) *Ibid.*

domicile sera considéré comme s'étant produit au moment même du transfert de l'habitation.

375. L'application normale des art. 103, 104 et 105, suppose que l'intéressé jouit d'une pleine liberté pour choisir volontairement le lieu de son domicile et y établir en conséquence sa résidence. Mais il peut arriver que des obstacles légaux enlèvent à un particulier le libre choix de sa résidence. Quelle sera l'influence de ces obstacles sur le domicile lui-même? c'est ce qu'il importe d'examiner.

Il ne saurait d'abord y avoir de dificulté à l'égard de celui qui est détenu dans une maison d'arrêt. Il conserve le domicile qu'il avait avant sa détention. Par conséquent une copie d'exploit pourrait être laissée à sa personne, entre les deux guichets, mais ne pourrait être remise aux employés de la prison. Elle pourrait au contraire être valablement laissée aux parents ou serviteurs du détenu, trouvés à son domicile, quoiqu'il fût notoire que celui-ci en a forcément abandonné la résidence (1).

376. Le condamné au bannissement conserve son domicile en France, car il doit rentrer un jour, et sa condamnation ne l'empêche pas d'avoir toujours au même lieu son principal établissement.

377. Il faut admettre la même solution pour les condamnés auxquels défense est faite par le gouvernement de paraître dans certains lieux, notamment dans celui de leur domicile, défense qui a remplacé la surveillance de la haute police aujourd'hui supprimée (2). Cette solution était déjà admise sous le régime de la haute police, quand le condamné était obligé de résider dans un lieu autre que celui de son domicile (3). Mais il va de soi que les actes faits par

(1) CHAUVEAU-CARRÉ, *Lois de la procéd.*, t. I, q. 358.
(2) L. 27 mai 1885, art. 19.
(3) Paris, 19 juillet 1862, D. 62, 2, 162.

le condamné dans un lieu dont l'accès lui est interdit sont valables.

Un citoyen contre lequel aucune condamnation n'a été prononcée, peut se trouver expulsé de sa résidence par mesure de police, du moins dans les colonies. Ainsi dans les Antilles françaises, le gouverneur, en vertu des pouvoirs à lui conférés par l'art. 75 de l'ordonnance du 9 février 1827, confirmée par celle du 22 août 1833, peut prononcer contre un Français l'exclusion de la colonie. Le gouverneur ne peut prendre une telle décision qu'en conseil privé, avec adjonction à ce conseil de deux membres de la Cour d'appel, et la nécessité d'une majorité de six voix sur huit. L'exclusion ne peut être que temporaire à l'égard de ceux qui ont dans la colonie des intérêts de famille ou de fortune. En tous cas, l'expulsé conserve évidemment son domicile. Un pouvoir analogue a été reconnu au résident général en Annam et au Tonkin (1).

378. Nous avons vu ci-dessus (n° 370) qu'un Français peut avoir son domicile en pays étranger; or, dans les Échelles du Levant, les consuls français sont investis, en vertu des traités, et aux termes de l'art. 82 de l'édit de juin 1778, non seulement du droit de faire des règlements de police obligatoires pour leurs nationaux, mais encore dans tous les cas *qui intéressent la politique ou la sûreté du commerce*, du droit de faire arrêter et envoyer en France, *tout sujet français* qui par sa mauvaise conduite ou par ses intrigues pourrait être nuisible au bien général (2). Une telle mesure ne saurait davantage exercer une influence sur le domicile déjà acquis.

Dans les diverses hypothèses qui viennent d'être examinées, le domicile étant conservé ne pourrait être considéré

(1) Cons. d'État, 8 août 1888, S. 90, 3, 55.
(2) Voy. Cass. 1er déc. 1887, D. 88, 1, 89.

comme transféré au lieu où l'intéressé s'est vu obligé d'établir sa résidence, si d'ailleurs la volonté de ce dernier n'est pas de l'y transférer.

379. Que faut-il décider dans le cas d'interdiction absolue du territoire de la République, c'est-à-dire en d'autres termes, dans le cas d'exil?

L'exil n'est pas une peine; c'est une mesure d'ordre politique édictée à l'égard d'une certaine catégorie de personnes dont les prétentions manifestées méconnaissent et attaquent la souveraineté de la nation.

La loi du 22 juin 1886 déclare que le territoire de la République est et demeure interdit aux chefs des familles ayant régné en France, et à leurs héritiers directs dans l'ordre de primogéniture. Le gouvernement est en outre autorisé à étendre cette mesure aux autres membres de ces familles.

Une telle interdiction étant faite pour une durée indéfinie, et s'appliquant à toute une série de générations, a pour résultat forcé de rendre impossible, chez ceux qu'elle concerne, la pensée de conserver en France leur principal établissement. Leur principal établissement ayant disparu, leur domicile en France a pareillement disparu. En ont-ils acquis un autre à l'étranger? nous n'avons pas à le rechercher; à l'égard des tiers, leur résidence à l'étranger devra tenir lieu de domicile.

380. En dehors des hypothèses qui viennent d'être indiquées, toute personne est libre, en France, d'établir sa résidence comme elle le juge convenable, et est protégée dans cette résidence par le principe de *l'inviolabilité du domicile*.

L'inviolabilité du domicile est en réalité *l'inviolabilité de la résidence;* il ne peut y avoir aucun doute sur ce point. Voici comment s'exprime à cet égard le décret du 1er mars 1854, *portant règlement sur le service de la gendarmerie :*

« Art. 293. La maison de toute personne habitant le territoire français est un asile inviolable. Pendant le jour, on

peut y entrer *pour un objet spécial, déterminé par une loi, ou par un ordre émané d'une autorité publique*. Pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer que dans le cas d'incendie, d'inondation, ou de réclamation faite de l'intérieur de la maison. Lorsqu'il y a lieu de supposer qu'un individu déjà frappé d'un mandat d'arrestation ou prévenu d'un crime ou délit pour lequel il n'y aurait pas encore de mandat décerné, s'est réfugié dans la maison d'un particulier, la gendarmerie peut seulement garder à vue cette maison ou l'investir, en attendant les ordres nécessaires pour y pénétrer, ou l'arrivée de l'autorité qui a le droit d'exiger l'ouverture de la maison pour y faire l'arrestation de l'individu réfugié. »

L'inviolabilité du domicile ne saurait, en effet, avoir pour conséquence de couvrir, par une sorte de protection, ceux qui ont commis une infraction à la loi. De même, cette inviolabilité de la résidence ne peut mettre à l'abri de l'action de l'autorité ceux qui, dans leur demeure, contreviennent à une loi. Ceux qui se réunissent contrairement aux prohibitions de la loi s'exposent donc à être expulsés par la gendarmerie qui peut entrer dans la maison de toute personne *pour un objet spécial déterminé par une loi, ou par un ordre de l'autorité publique;* et ceux qui sont ainsi dispersés ne pourraient, sous prétexte qu'ils sont propriétaires, locataires, usufruitiers, etc., émettre la prétention d'être réintégrés dans la maison pour y réitérer la perpétration du même délit (1).

381. L'acceptation de fonctions publiques devant être exercées dans un lieu autre que celui du domicile actuel, doit-elle être considérée comme entraînant un changement

(1) La jurisprudence n'a pas toujours appliqué ces principes élémentaires; voy. Bourges, 16 mars 1881, et autres décisions, S. 81, 2, 193. Voy. notre étude sur les *droits du pouvoir exécutif en ce qui concerne l'exécution des lois*, 1880.

de domicile ? La loi distingue entre les fonctions temporaires ou révocables, et celles qui ne le sont pas :

ART. 106. Le citoyen appelé à une fonction publique temporaire ou révocable, conservera le domicile qu'il avait auparavant, s'il n'a pas manifesté d'intention contraire (*).

Le droit commun continue donc de régir une telle situation, et si le fonctionnaire dont il s'agit manifeste, d'une manière quelconque, expresse ou tacite, l'intention de changer de domicile, le domicile nouveau par lui acquis sera un domicile de choix.

Il y a au contraire attribution d'un *domicile légal* pour les fonctionnaires nommés à une fonction irrévocable :

ART. 107. L'acceptation de fonctions conférées à vie emportera translation immédiate du domicile du fonctionnaire dans le lieu où il doit exercer ces fonctions (**).

Cette disposition concerne les fonctionnaires *inamovibles*, car il n'y a plus aujourd'hui de fonctions *à vie ;* toutes comportent une certaine limite d'âge. Les fonctionnaires irrévocables sont notamment les magistrats inamovibles (1), les notaires, les évêques, les curés. Mais non les professeurs titulaires de l'enseignement supérieur (2).

L'acceptation de la fonction entraine translation immédiate du domicile dans le lieu où elle doit être exercée. Il n'est donc pas nécessaire que le fonctionnaire ait pris matériellement possession de son poste.

L'acceptation de la fonction résulte de la prestation du *serment professionnel.* S'il s'agit d'un fonctionnaire qui n'a pas de serment à prêter, le point de savoir à quel moment l'acceptation a eu lieu, à quel moment par conséquent s'est produit le changement de domicile, soulève seulement une question de fait.

(*) Art. 106. — L. 2, C. 10, 39, *De incolis.*

(**) Art. 107. — L. 22 § 6, D. 50, 1, *Ad municip.;* L. 8, C. 10, 39, *De incolis.*

(1) L. 30 août 1883, art. 15.

(2) L. 27 fév. 1880; Cass. 13 mai 1885, D. 85, 1, 313.

382. Le domicile reconnu d'un particulier, qu'il s'agisse de son domicile d'origine, de son domicile de choix ou de son domicile légal, doit logiquement être communiqué à certaines personnes appelées à vivre avec lui, et dont le domicile légal se trouvera de la sorte déterminé. Ainsi :

ART. 108. La femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari. Le mineur non émancipé aura son domicile chez ses père et mère ou tuteur; le majeur interdit aura le sien chez son tuteur (*).

L'état indivisible résultant du mariage, *individua vitæ consuetudo*, a pour résultat nécessaire l'unité du domicile entre le mari et la femme. Il serait contradictoire, et par conséquent absurde, que deux individus qui se sont réunis pour vivre ensemble et fonder une famille légitime, puissent avoir des domiciles distincts et séparés. Par conséquent, même en laissant de côté toute idée de puissance maritale, et de prétendue subordination de la femme, il faut reconnaître que le mari et la femme doivent avoir le même domicile, et puisqu'ils doivent avoir le même, il est tout naturel de déclarer que la femme aura le même domicile que son mari. Cette solution résultant uniquement de la nature et de la logique des situations, on n'a pas besoin de faire intervenir l'ordre public pour déclarer inefficace toute convention dérogatoire qui autoriserait la femme à avoir un domicile séparé.

Il n'y a d'exception apparente à cette règle que lorsque la femme sera régulièrement autorisée à faire un *commerce séparé* (art. 5, C. com.) ; la femme pourra alors avoir comme commerçante un domicile distinct de celui du mari (1), tout en conservant le même domicile que ce dernier pour les actes de sa vie civile étrangers à son commerce.

L'unité du domicile ne serait pas détruite par la naturali-

(*) Art. 108. — L. 37 § 2, L. 38 § 3, D. 50, 1, *Ad municip.*; L. unic., C. 10, 62, *De mulierib.*; L. 13, C. 12, 1, *De dignitat.*

(1) Cass. 12 juin 1863, D. 83, 1, 231.

sation acquise en pays étranger par un mari français. La femme, quand même elle conserverait la nationalité française, n'est pas affranchie dans ce cas de l'obligation de *suivre son mari partout où il juge à propos de résider* (art. 214, C. C.), c'est-à-dire de l'obligation d'avoir avec son mari un établissement principal commun (1).

Mais il en sera autrement dans le cas de séparation de corps, précisément parce que la séparation a pour but principal et pour effet de dégager la femme de l'obligation d'avoir avec son mari un établissement principal commun (2).

383. Cette obligation d'avoir avec le mari *un établissement commun*, traduction vulgaire de l'*individua vitæ consuetudo*, va-t-elle disparaître pour la femme, dans le cas d'interdiction du mari pour cause de démence, si un autre qu'elle-même est nommé tuteur du mari ?

« La femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari;

« Or, le mari interdit a son domicile chez son tuteur;

« Donc, la femme a son domicile chez le tuteur de son mari (3). »

Demolombe, constructeur de ce syllogisme, le déclare « tout à fait en règle ».

C'est ce qu'il faut vérifier, et pour cela il faut d'abord établir la portée et la signification de la règle qui assigne pour domicile au mineur et à l'interdit le domicile de leur tuteur.

384. « L'esprit de la loi est que les incapables aient leur domicile chez la personne qui, ayant le gouvernement de leur fortune et la direction de leurs affaires, les représentent dans tous les actes de la vie civile (4). »

(1) *Contrà*, Douai, 3 août 1858, D. 58. 2, 218; Voy. AUBRY et RAU, t. I, § 143.

(2) Cass. 12 août 1872, D. 73, 1, 479.

(3) DEMOLOMBE, t. I, n° 363.

(2) MOURLON, t. I, n° 334.

Par conséquent un enfant légitime ayant encore son père ou sa mère, aura son domicile chez son tuteur, lorsque le survivant des père et mère n'est pas tuteur, et non pas chez ce survivant qui, cependant, conserve la puissance paternelle.

Par conséquent l'interdit étant assimilé au mineur aura pareillement pour domicile, le domicile de son tuteur.

Mais dans l'intérêt de qui une telle solution a-t-elle été consacrée? Ce n'est pas certainement dans l'intérêt de l'incapable. Pour l'incapable, il n'y avait aucun inconvénient, et il y aurait eu peut-être avantage, à lui conserver le domicile qui était le sien au moment de l'ouverture de la tutelle, ou de la prononciation de l'interdiction. C'est à ce domicile, en effet, qu'étaient probablement le siège et le centre de ses affaires. Mais ce qui était sans inconvénient pour l'incapable pouvait, au contraire, être très gênant pour le tuteur ayant son domicile dans un autre lieu. Pour gérer et administrer la tutelle, le tuteur aurait été exposé à des déplacements multipliés, à la nécessité de plaider, le cas échéant, devant un tribunal autre que le sien, etc. En conséquence et pour rendre la tutelle moins onéreuse, il fallait décider que l'incapable aurait son domicile chez son tuteur. C'est donc dans l'intérêt exclusif du tuteur, que le Code a admis, comme règle pratique, que l'incapable était domicilié chez son tuteur.

Mais cela veut-il dire que l'incapable doit être traite comme s'il avait absolument perdu le domicile qui était le sien au moment de l'ouverture de la tutelle, ou de la prononciation de l'interdiction?

385. Pothier disait : « Les mineurs sont dans la maison de leur tuteur comme dans une maison étrangère; ils n'y sont qu'*ad tempus*, pour le temps que doit durer la tutelle; par conséquent, le domicile de leur tuteur n'est pas leur vrai domicile, et ils ne peuvent être censés en avoir d'autre que

le domicile paternel (1). » — Sans doute la conclusion finale de ce passage ne saurait être admise aujourd'hui en présence des termes formels de l'art. 108, mais la remarque principale de Pothier est toujours juste, et suffit à démontrer que le domicile des incapables chez leur tuteur doit être considéré plutôt comme une sorte de *domicile élu* imposé par la loi, que comme un domicile nouvellement acquis en remplacement d'un domicile antérieur qui aurait complétement disparu.

Il est facile de fournir la justification de cet aperçu :

Supposons que le mineur ou l'interdit fussent, à raison de leur domicile au moment de l'ouverture de la tutelle ou du commencement de l'interdiction, attributaires d'un droit à l'affouage ou à un partage de biens communaux, serait-il possible de décider qu'ils seront dépouillés de leur droit, sous prétexte que leur tuteur, étant domicilié dans une autre commune, ils ont perdu leur domicile?

Comment une mesure décrétée dans l'intérêt principal du tuteur, aurait-elle pour résultat indirect une perte pour le pupille?

Que le domicile de l'incapable soit celui de son tuteur pour tout ce qui touche aux questions de compétence, ou de significations à recevoir, cela se comprend, et ne dépasse pas les effets d'un *domicile élu;* qu'il en soit encore de même pour fixer le lieu où s'ouvre la succession de l'incapable, on peut encore l'admettre, puisque les nécessités de l'administration tutélaire peuvent avoir fait centraliser chez le tuteur tous les documents relatifs à la succession. Mais cela n'empêche pas l'incapable de retenir en quelque sorte et de conserver son domicile propre pour bénéficier des droits utiles qui peuvent y être attachés, et qui ne sauraient lui être enlevés.

Mais si les droits de l'incapable subordonnés à la conserva-

(1) *Introd. gén. aux cout.*, n° 17.

tion de son domicile propre, ne peuvent lui être enlevés par la translation *ad tempus*, de son domicile chez le tuteur, à plus forte raison doit-il en être ainsi pour les droits des tiers.

386. Or c'est un droit pour la femme, en même temps qu'un devoir de conserver son domicile commun avec son mari. Comment l'interdiction de ce dernier pourrait-elle détruire le droit appartenant à la femme de conserver le domicile qui était le sien au moment où l'interdiction a commencé de produire ses effets? Il ne pourrait y avoir de doute que si le domicile du mari disparaissait absolument pour être absorbé dans celui du tuteur. Mais nous venons de voir que le mari le retient nécessairement pour la jouissance des droits utiles qui peuvent y être attachés; cette rétention doit profiter à la femme, et lui assurer la conservation du même domicile.

Remarquons que cette difficulté n'existerait pas dans une législation qui reconnaîtrait la juste indépendance de la femme dans le cas d'interdiction, absence, etc. du mari (1).

La femme mariée conserve donc, selon nous, le domicile qu'avait son mari au moment de son interdiction. Mais elle pourrait en changer, comme elle peut changer de résidence, sans avoir besoin de l'autorisation de justifier, car il ne s'agit alors pour elle ni d'ester en justice, ni de contracter, ni d'aliéner.

387. Il est tout naturel que, durant le mariage, le mineur non émancipé ait son domicile chez son père, seul investi de l'exercice de la puissance paternelle (art. 373, C. C.). En cas de divorce, il en sera de même si la garde des enfants a été confiée au père. Si la garde des enfants a été confiée à la mère ou à une tierce personne, il y a une raison de douter pour ceux qui admettent que la personne à qui la garde des enfants a été confiée, a aussi l'administration de leurs biens,

(1) V. notre *Code civil italien*, p. 66.

l'esprit de la loi étant, comme nous l'avons vu, que l'incapable ait son domicile chez celui qui administre ses affaires.

Mais d'abord le droit de garde ne nous paraît pas attribuer l'administration générale de la personne de l'enfant à celui à qui il est conféré. En second lieu la déchéance du droit de garde prononcée contre le père n'entraîne pas déchéance de la puissance paternelle; si l'un des époux divorcés décède, le survivant devient de plein droit tuteur des enfants mineurs, et exerce sur eux la puissance paternelle, alors même que la garde en aurait été confiée au défunt ou à un tiers, sauf aux ayants-droit à provoquer sa déchéance ou sa destitution. Il suit de tout cela que, dans le cas indiqué, le mineur non émancipé conserve son domicile chez son père; il en sera de même dans l'hypothèse d'une séparation de corps.

388. Les enfants naturels ont leur domicile chez celui de leurs auteurs qui les a reconnus; s'ils ont été reconnus par les deux, ils doivent avoir le même domicile que celui chez qui ils résident. Il pourra y avoir quelques difficultés de fait, lorsque le père et la mère demeurent ensemble habituellement, quoique n'ayant pas en droit le même domicile. Il s'agira de savoir quel est celui des deux auteurs qui devra être considéré comme étant reçu chez l'autre; l'enfant naturel sera considéré comme résidant chez ce dernier.

Quand les enfants n'ont été reconnus par personne, ils ont forcément leur domicile chez celui qui s'est chargé de les élever, ou dans l'hospice qui les a recueillis, car c'est là véritablement que se trouve leur unique et par conséquent principal établissement.

389. Le domicile légalement attribué à la femme mariée, au mineur, à l'interdit cesse naturellement de leur être imposé à partir du moment où disparaît le fait qui lui sert de fondement, c'est-à-dire à partir du moment de la dissolution du mariage, de la cessation de la tutelle, de la mainlevée de l'interdiction. A partir de ce moment, le domicile imposé

n'existe plus avec ce caractère; il est immédiatement transformé en domicile de fait que les intéressés pourront conserver s'ils le veulent, mais qu'ils pourront abandonner s'ils le préfèrent pour reprendre le domicile qu'ils avaient auparavant. Mais cette reprise ne se produira pas de plein droit, les intéressés devront faire le nécessaire pour opérer ce changement de domicile. Ce que nous avons dit sur la persistance au profit des mineurs et interdits des droits subordonnés à une condition de domicile (*suprà*, n° 385) ne contrarie pas cette solution. Ces droits seront perdus pour l'avenir si les ci-devant incapables dont il s'agit, ne manifestant pas la volonté de reprendre leur ancien domicile, l'abandonnent.

390.

ART. 109. Les majeurs qui servent ou travaillent habituellement chez autrui, auront le même domicile que la personne qu'ils servent ou chez laquelle ils travaillent, lorsqu'ils demeureront avec elle dans la même maison (*).

Il semble qu'il s'agisse, dans la situation prévue, d'un domicile *de choix* plutôt que d'un domicile *légal*, car en réalité celui qui travaille habituellement et en même temps demeure chez un autre, a transporté volontairement chez cet autre, son principal établissement. Cela est vrai, et c'est ce résultat que la loi a voulu consacrer; mais la volonté contraire du domicilié ne pourrait prévaloir contre ce résultat légal, et voilà pourquoi il s'agit vraiment d'un cas de domicile légal.

L'art. 109 s'applique naturellement aux mineurs émancipés qui, sous le rapport de la liberté du domicile, sont assimilés aux majeurs. Mais cet article ne statue que, sauf les dispositions déjà précédemment édictées à l'égard des femmes mariées et des interdits. Donc les femmes mariées et les interdits travaillant habituellement chez autrui et habitant chez celui qui les emploie, conservent leur domicile chez leur mari ou tuteur.

(*) Art. 109. — L. 6 § 3, L. 22 pr., D. 50, 1, *Ad municip.*

391.

ART. 110. Le lieu où la succession s'ouvrira, sera déterminé par le domicile (*).

Le patrimoine d'un individu, c'est-à-dire l'ensemble de son actif et de son passif, se confond au quelque sorte avec sa personne durant sa vie. Aucun élément de ce patrimoine ne peut en être détaché, volontairement ou forcément, sans que la personne du sujet intervienne ou soit prise comme intermédiaire. La mort opère une séparation entre le patrimoine et la personne. Le patrimoine doit être dévolu, d'après certaines règles, à des successeurs du défunt. Pour l'application de ces règles, il importe de savoir en quel lieu la succession s'est ouverte. Fallait-il admettre que la succession s'ouvre à l'endroit où la mort est venue surprendre la personne? Non, car cet endroit peut dépendre de circonstances sans signification, des hasards d'un voyage, etc. Mais il est un lieu où la personne est toujours censée présente, c'est celui de son domicile ; c'est à ce lieu que se produira la séparation entre le patrimoine et la personne, c'est à-dire que s'ouvrira la succession.

Le patrimoine, séparé comme on vient de le dire, constitue alors l'*hérédité*. L'hérédité avant le partage, est un être ou ensemble juridique, *universitas juris*, ayant son siège légal au lieu où était celui du défunt; la succession se trouve ainsi en quelque sorte personnifiée (1).

Il suit de là : que les demandes entre héritiers jusqu'au partage inclusivement; les demandes qui seraient intentées par des créanciers du défunt avant le partage et les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort, devront être portées devant le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte (art. 50, § 6, C. pr. c., art. 822, C. C.).

Cette solution conforme aux principes généraux, est en outre d'accord avec les besoins de la pratique. Les héritiers

(*) Art. 110. — L. unic. C. 3, 20, *Ubi de hæredit.*

(1) DEMOLOMBE, t. Ier, n° 339 ; t. XV, n° 629.

en effet peuvent être domiciliés dans des arrondissements différents, et d'un autre côté, il est infiniment probable que tous les documents, titres et papiers intéressant le défunt se trouvent au domicile de ce dernier. Il y avait donc avantage à centraliser devant un même tribunal tous les litiges intéressant une succession non partagée. Après le partage, il n'y a plus d'hérédité; l'être de raison a disparu, on rentre dans les situations ordinaires.

392. Dans les cas de partage d'une succession ouverte, comme dans tous les autres cas où il y a intérêt à rechercher et à constater le véritable domicile d'une personne, des difficultés pourront s'élever entre les parties. Ces difficultés devront être portées devant l'autorité judiciaire, seule compétente pour trancher les questions de domicile. Ces questions pourront quelquefois se présenter devant la juridiction administrative, par exemple en matière d'inscription sur les listes du recensement militaire (1), elles devront alors, comme questions préjudicielles, être renvoyées aux juges civils (2).

393. Nous avons vu que le domicile a pour effet notamment de déterminer la compétence personnelle des tribunaux et le lieu où peuvent être faites les significations d'exploit. Or, les intéressés peuvent, dans une certaine mesure, déroger à ces règles. C'est au moyen d'une *élection de domicile*, c'est-à-dire en se constituant un *domicile d'élection*, qu'elles pourront atteindre leur but.

ART. 111. Lorsqu'un acte contiendra, de la part des parties ou de l'une d'elles, élection de domicile pour l'exécution de ce même acte dans un autre lieu que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte, pourront être faites au domicile convenu, et devant le juge de ce domicile (*).

(*) Art. 111. — Arg. ex L. 1, D. 5, 1, *De judiciis;* L. 29, C. 2, 3, *De pactis.*

(1) L. 15 juillet 1889, art. 10 et 13.

(2) Trib. confl. 10 avril 1850, D. 50, 3, 49; Conseil d'État, 12 juill. 1882, D. 84, 3, 23 et les renvois; voy. cependant Conseil d'État, 20 juin 1855, D. 56, 3, 1.

Le domicile réel est général et il continue de subsister dans le cas d'élection de domicile ; donc le domicile élu est spécial et ne peut être que spécial, c'est-à-dire choisi en vue d'une affaire déterminée.

L'élection de domicile est obligatoire par exception en vertu de dispositions légales visant certains actes unilatéraux non contractuels (art. 176, 2148, C. C., 61, C. pr. c.). — Notre art. 111 ne s'occupe que de l'élection de domicile facultative pouvant être insérée dans un contrat, soit dans l'intérêt des deux parties, soit dans l'intérêt de l'une d'elles seulement.

L'élection de domicile a lieu le plus souvent dans l'acte même dont elle a pour but de faciliter l'exécution ; mais elle peut aussi être convenue postérieurement et résulter d'un acte séparé, ne formant en réalité qu'un seul et même contrat avec celui auquel il se réfère. Mais dans tous les cas l'élection de domicile doit être expresse, et ne saurait être ni tacite ni implicite, c'est-à-dire résulter par voie de conséquence d'une appréciation de certaines clauses du contrat ou des circonstances (1). Ainsi l'indication d'un lieu où le paiement devra être effectué ne saurait emporter élection de domicile dans ce lieu pour ce qui est étranger au fait même du paiement, si ce n'est en matière commerciale (art. 420, C. pr. c.).

L'élection de domicile étant une clause du contrat, est activement et passivement transmissible aux héritiers des parties contractantes, art. 1122, et ne peut être révoquée que de leur consentement mutuel. Il en est autrement quand la clause a été insérée dans l'intérêt exclusif d'une seule des parties.

Malgré les termes de l'art. 111, il n'est pas indispensable que le domicile soit élu *dans un autre lieu que celui du do-*

(1) LAURENT, t. II, n° 104.

micile réel. C'est sans doute ce qui se fera le plus souvent, et c'est ce qui explique les termes de la loi qui n'ont en réalité rien de restrictif; mais il est facile de comprendre qu'une personne peut avoir intérêt à constituer un domicile élu, même dans le lieu où elle a son domicile réel, quand elle prévoit, par exemple, qu'elle ne sera pas présente lorsqu'arrivera le moment de l'exécution du contrat.

Les parties peuvent déclarer faire élection de domicile en tel lieu, purement et simplement, ou ajouter l'indication d'une personne chez laquelle domicile est élu. Quand il n'y a pas indication de personne, l'élection de domicile est seulement attributive de compétence, et les significations d'exploit devront être faites au domicile réel. Quand il y a indication de personne, l'élection de domicile est encore attributive de juridiction, mais de plus les significations pourront être faites à la personne chez qui domicile a été élu. Cette dernière est, en principe, tenue, quand elle a accepté le mandat à elle donné, et même par le fait seul de la réception de la copie, de transmettre, sans retard dommageable, les diverses significations à celui qui est directement intéressé. L'officier ministériel chez qui l'élection a été faite engage sa responsabilité s'il se borne à envoyer la copie par la poste à un précédent domicile, sans rien faire pour découvrir le véritable (1), ou s'il s'abstient de donner aucun avis à son client et de prendre ses instructions (2).

Ce mandat, toujours révocable, prend fin par la mort du mandant ou celle du mandataire, sauf le cas où c'est une *fonction* plutôt qu'une *personne* qui a été envisagée; par exemple, quand l'élection a été faite en l'étude d'un notaire désigné. La cessation de ce mandat n'empêche pas l'élection de domicile de subsister entre les parties contractantes. Les

(1) Paris, 15 juin 1850, D. 51, 2, 41.
(2) Pau, 16 nov. 1885, D. 86, 2, 248.

significations continueront donc d'être valablement faites au ci-devant domicile élu, tant qu'il n'y aura pas eu notification d'une nouvelle élection de domicile dans le même lieu.

Aux termes de l'art. 111 l'élection de domicile a pour objet les significations, demandes et poursuites relatives à l'acte pour l'exécution duquel elle a eu lieu ;

De là il suit :

1° Que le texte s'applique à la signification du jugement qui, ayant condamné le débiteur, a pris la place de la convention, et a précisément pour but, comme il aura pour effet, de procurer l'exécution de la convention elle-même ;

2° Mais non aux significations, demandes et poursuites ayant pour but final la rescision ou l'annulation de l'acte ou convention, c'est-à-dire précisément le contraire de son exécution ;

3° Ni à la signification du transport de l'obligation, dans le cas d'un domicile élu par le débiteur dans l'acte même qui constate l'existence de la créance cédée, la signification, dans ce cas, ayant pour objet l'exécution de la cession, et non l'exécution de l'acte établissant la créance cédée (1) ;

4° Ni au paiement volontaire, lequel ne saurait, de plein droit, avoir lieu au domicile élu, lequel n'a été choisi que pour l'exécution forcée de la convention.

(1) Voy. notre *Traité de la cession*, t. II, n° 826.

TITRE QUATRIÈME.

DES ABSENTS.

Observations préliminaires.

394. — Terminologie.
395. — Double intérêt que présente la constatation de l'état d'absence d'une personne.
396. — Aperçu général sur la théorie de la loi en matière d'absence.
397. — Appréciation critique.

394. Le titre IV s'occupe d'une nouvelle distinction qu'on peut établir entre les personnes, lesquelles peuvent être considérées, soit comme *présentes*, soit comme *absentes*.

Il ne faut pas confondre les *absents* avec les *non-présents*.

Les *absents* sont ceux dont l'existence n'est pas reconnue, et par conséquent est douteuse.

Les *non-présents* sont ceux dont l'existence est certaine ou à peu près, mais qui, dans la métropole, ne sont pas là où on aurait besoin d'eux.

Il faut remarquer que l'expression latine *absens*, que l'on trouve dans plusieurs textes, correspond, non à l'*absent* du droit français, mais au non-présent : *absentem accipere debemus eum qui non est eo loco in quo loco petitur*... (1).

395. Mais quel intérêt y a-t-il à savoir si une personne peut être considérée comme absente ? Un individu a disparu de son domicile ; est-il mort ? — Est-il vivant ? — On l'ignore ; quel intérêt y a-t-il à constater juridiquement cette incertitude quant à son existence ?

(1) L. 199, D. 50, 16, *De verb. signif.*

Cet intérêt existe à deux points de vue bien différents, et qu'il ne faut pas confondre :

1° Au point de vue des droits et obligations qui reposaient déjà sur sa tête au moment où il a disparu, où on a commencé à ne plus avoir de ses nouvelles ;

2° Au point de vue des droits qui peuvent s'ouvrir à son profit postérieurement à cette époque, et dont il pourrait profiter s'il était certain qu'il fût vivant.

Ainsi, voilà un individu qui a disparu et dont on n'a plus entendu parler depuis le 1er janvier 1850 ; à ce moment il avait des propriétés, il avait des créanciers, il avait aussi des débiteurs. S'il est mort, à qui tout cet ensemble doit-il être transmis ? A ses héritiers. Mais s'il est encore vivant, il est manifeste qu'il ne saurait en être ainsi. Voilà donc une situation faite pour attirer l'attention du législateur. C'est le premier point de vue que nous avons indiqué.

Allons plus loin : un oncle de cet individu vient à mourir ; celui qui a disparu, ayant, par hypothèse, de nombreux créanciers, était son plus proche héritier. S'il est encore vivant, point de difficulté, l'hérédité lui appartient, et les créanciers pourront se faire payer. Mais si son existence est incertaine, où ira cette hérédité ? Voilà donc une autre situation qu'il importe de régler... C'est le second point de vue que nous avons encore indiqué.

La manière dont le législateur a réglementé ces deux situations, bien distinctes, forme la *théorie de l'absence*, dont nous allons maintenant présenter une esquisse générale avant d'en étudier les détails.

396. D'abord, en ce qui concerne les droits éventuels qui pourraient s'ouvrir au profit de l'absent, à partir du jour de sa disparition, la loi présume que le disparu est plutôt mort que vivant ; c'est donc à celui qui réclamera un droit de cette nature, à prouver *que ledit individu existait quand le droit a été ouvert* (art. 135).

En ce qui concerne au contraire les droits dont se trouvait déjà investie une personne au moment de sa disparition, la loi a établi trois bases d'appréciation bien distinctes, suivant qu'on s'éloigne de plus en plus du jour de la disparition.

Ainsi, un individu a disparu depuis quelque temps, on n'a plus de ses nouvelles, et les biens qu'il a laissés sont en souffrance... Que faut-il faire ? D'abord, peut-on d'ores et déjà le considérer comme légalement absent ? Evidemment non ; il ne sera absent dans le sens technique du mot, que lorsqu'il aura été déclaré tel par une décision de l'autorité judiciaire. On dira, jusqu'alors, qu'il est seulement *présumé absent*, en état de *présomption d'absence*. Pendant la durée de cette première période, tout ce qu'on pourra faire, ce sera de prendre des mesures provisoires pour l'administration des biens de ce présumé absent.

Mais on continue à ne pas recevoir de nouvelles de ce même individu ; alors la présomption de sa mort augmente ; à cause de celà, l'autorité judiciaire pourra être mise à même, par les parties intéressées, de constater son absence, de constater en d'autres termes qu'il y a véritablement incertitude sur l'existence de cette personne, et que cette incertitude dure depuis déjà quelque temps. Alors interviendra un jugement de *déclaration d'absence*, et une seconde période commencera, celle de l'absence proprement dite. L'effet direct de cette déclaration d'absence consiste en ce que les héritiers présomptifs de l'absent seront envoyés en possession de ses biens, mais seulement d'une manière *provisoire*, c'est-à-dire que les envoyés de l'absent seront en quelque sorte constitués dépositaires des biens de l'absent, avec mission de les administrer, sans pouvoir jamais les aliéner.

Enfin, les années continuent de s'écouler, l'absent ne reparait pas ; la présomption qu'il est mort grandit toujours. Quand il se sera écoulé un délai assez long, l'envoi en possession provisoire pourra être changé, sur la demande des

intéressés, en *envoi définitif*. Désormais les héritiers ne sont plus de simples dépositaires, mais pourront valablement disposer des biens de l'absent. Par conséquent ce sera tant pis pour ce dernier s'il vient à reparaître plus tard ; il ne pourra reprendre ses biens que dans l'état où il les trouvera au moment de son retour.

Ainsi donc, trois périodes à distinguer :

1° Celle de la *présomption d'absence ;*

2° Celle de l'*absence* proprement dite, suivie de l'*envoi en possession provisoire ;*

3° Celle de l'*envoi en possession définitive.*

Mais il importe de remarquer, et de ne jamais perdre de vue, que ces trois périodes n'existent que pour les droits qui appartenaient déjà à l'absent au moment où il a disparu. Pour les droits éventuels qui peuvent lui être échus depuis sa disparition, il n'y a pas lieu de distinguer entre ces diverses périodes ; pour ces droits, il y a une règle unique, celle de l'art. 135.

397. Tels sont les caractères principaux de la réglementation adoptée par le Code civil en matière d'absence. Cette réglementation assez compliquée, pouvait être justifiée dans une certaine mesure, à l'époque de la rédaction du Code. Mais aujourd'hui, avec les singulières facilités de déplacement que fournissent les applications diverses de la vapeur ; avec la rapidité et la sûreté des informations transmises par l'électricité, rien de plus facile que de retrouver les traces d'une personne, et d'obtenir la preuve de son existence ou de son décès. Aussi, le système consacré par la loi française, ayant pour base une incertitude pouvant planer *durant cent ans* sur l'existence d'un homme, n'est plus en harmonie avec les conditions nouvelles de l'époque actuelle, et les lenteurs qui le caractérisent sont, dans la plupart des cas, injustifiables.

D'ailleurs, et pour les mêmes motifs, les cas d'absence deviennent de plus en plus rares, et, suivant la juste obser-

vation de M. Laurent : « Dès maintenant, la plupart des questions que les auteurs agitent sont de pure doctrine ; elles ne se présentent pas dans la vie réelle (1). » Pour ce motif, nous nous efforcerons de résumer aussi succinctement que possible les explications qui sont indispensables pour faire connaître le fonctionnement d'un système nécessairement destiné à être modifié.

(1) T. II, n° 114.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PRÉSOMPTION D'ABSENCE.

398. — Du présumé absent; mesures à prendre dans son intérêt, art. 112.
399. — Personnes ayant qualité pour provoquer ces mesures.
400. — Procédure à observer.
401. — Du tribunal compétent.
402. — Nomination d'un administrateur; commission d'un notaire en cas de partage, art. 113.
403. — Mission du ministère public, art. 114.
404. — Les règles ci-dessus ne peuvent être étendues aux non-présents.
405. — Du cas où la présence d'un Français serait nécessaire en pays étranger ; pouvoirs généraux des consuls.
406. — La représentation des Français dans les successions ouvertes à leur profit en pays étranger est assurée par des conventions diplomatiques; énumération et analyse de ces conventions.
407. — Les règles du Code civil sont-elles applicables aux étrangers possédant des biens en France ?
408. — Cessation de la présomption d'absence.

398. Il est rare qu'une personne disparaisse brusquement de son domicile, sans qu'on sache ce qu'elle est devenue. Le plus souvent on sait dans quels lieux elle se trouve; durant quelque temps on reçoit ou on peut avoir de ses nouvelles. Tant qu'il en est ainsi, et quelque éloignée qu'elle soit de son domicile, elle est dans la classe des *non présents*, dont la loi ne s'est pas occupée et n'avait pas à s'occuper (1), si ce n'est quelquefois dans l'intérêt des *présents* (art. 840, 819, C. C.). Mais les nouvelles devenues de plus en plus rares, cessent complétement. On ne sait plus où se trouve la personne qui a disparu. On finit par douter de son existence, sans avoir cependant la preuve de son décès.

(1) Dalloz, *Répert.*, v° *Absent*, n° 83.

Alors commence la période de la présomption d'absence, dont les juges devront fixer le point de départ en appréciant souverainement, d'après les faits, s'il peut y avoir quelque doute sur l'existence de la personne disparue (1).

On suppose que le patrimoine du présumé absent est en souffrance, et que certaines mesures paraissent nécessaires. Dans l'intérêt de qui ces mesures seront-elles prises? Le seront-elles dans l'intérêt de celui qui a disparu, ou dans l'intérêt des personnes appelées à bénéficier de son décès? Evidemment dans l'intérêt de celui qui a disparu. La présomption de mort est encore trop faible, et ce serait trop grave d'envoyer les héritiers en possession du patrimoine, aussitôt qu'un doute commence à poindre sur l'existence d'un homme. Par conséquent, les personnes *intéressées* à son décès pourront bien demander qu'on prenne des mesures, mais ces mesures, en elles-mêmes, devront toujours être inspirées par l'intérêt de l'absent. Il faudra, de plus, distinguer entre le cas où celui dont on s'occupe n'a pas laissé de procureur fondé, et celui où il a au contraire laissé un mandataire chargé de le représenter, car alors l'absence de nouvelles n'a plus évidemment la même signification, et on ne peut pas dire que le patrimoine soit véritablement en souffrance.

ART. 112. S'il y a nécessité de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens laissés par une personne présumée absente, et qui n'a point de procureur fondé, il y sera statué par le tribunal de première instance sur la demande des parties intéressées.

L'autorité judiciaire ne pourra donc intervenir, dans l'intérêt de l'absent, que sous les deux conditions suivantes : 1° qu'il n'y ait point de procureur fondé ; 2° qu'il y ait nécessité.

On devra assimiler aux cas où il n'existe pas de procureur fondé :

(1) Cass. 21 nov. 1887, S. 88, 1, 324.

Celui où les pouvoirs du mandataire constitué ne s'étendent pas à l'ordre d'intérêts qu'il s'agit de sauvegarder;

Celui où il y a opposition d'intérêts entre le mandataire ou son mandant;

Celui où la procuration a pris fin.

Celui où le mandataire néglige de remplir son mandat.

La question de nécessité sera appréciée par les juges ; ainsi la nécessité existe quand il y a urgence d'interrompre une prescription, d'interjeter un appel, d'acquitter une dette exigible, etc.

Dans tous les cas de nécessité, les tribunaux auront à apprécier s'il convient de pourvoir à l'administration de tous les biens du présumé absent, en nommant un curateur général, ou s'il suffit de prescrire des mesures seulement partielles.

399. Mais les tribunaux ne peuvent statuer d'office ; ils doivent être saisis par les parties qui ont intérêt à ce que des mesures soient prises. Ces parties sont :

1° Les créanciers, c'est-à-dire tous ceux qui sont investis à un titre quelconque d'un droit de créance pouvant être invoqué contre le présumé absent, que ce droit dérive d'un contrat ou d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, ou de la loi. Dans cette catégorie on doit faire rentrer le conjoint présent, les enfants et les ascendants à raison des aliments qui peuvent leur être dus.

Peu importe que la créance soit exigible, à terme ou conditionnelle; et quand elle est exigible qu'elle soit ou non munie d'un titre exécutoire. Cependant quand elle est exigible et munie d'un titre exécutoire, il semble que les créanciers n'aient pas besoin de recourir au bénéfice de l'art. 112, et qu'ils peuvent procéder par voie parée contre le présumé absent, ainsi qu'ils pourraient le faire s'il était présent. Celà est vrai, et ces créanciers peuvent agir ainsi; mais s'ils préfèrent provoquer des mesures dont l'effet sera peut-être de

faire apparaître des ressources suffisantes pour les désintéresser, on ne voit pas pourquoi on leur refuserait le droit de prendre une initiative favorable précisément aux intérêts que l'art. 112 a pour but de sauvegarder.

2° Tous ceux qui se trouvent avec le présumé absent dans un état de communauté ou d'indivision par rapport à un droit réel quelconque, co-propriétaires, communistes, etc.;

3° Tous ceux qui ont un droit réel sur un immeuble soumis également à un droit réel au profit du présumé absent, usufruitier, nu-propriétaire, usager, etc., en tant que la coexistence de ces droits réels pourrait entraîner une obligation à la charge de l'un ou de l'autre;

4° Tous ceux qui se trouvent soumis à une obligation vis-à-vis du présumé absent, et qui veulent se libérer; ce qui n'empêchera pas ceux qui seront en situation de le faire de recourir s'ils le préfèrent à la procédure des offres réelles et de la consignation;

Remarquons que les personnes spécialement désignées aux n°s 2, 3 et 4 étaient déjà implicitement comprises dans la formule générale du n° 1;

5° Les héritiers présomptifs, à raison de leur espoir éventuel d'obtenir l'envoi en possession provisoire, si la présomption d'absence persiste durant quelque temps;

6° Les légataires (*in thesi*), quoiqu'ils ne puissent (*in hypothesi*) réussir dans leur requête que s'ils sont en état de produire le testament;

7° Le ministère public à qui l'on reconnaît généralement le droit d'action, quoique l'art. 114 ci-dessous ne le lui accorde pas formellement (1).

400. Voyons maintenant dans quelle forme sera exercée l'action que la loi accorde aux parties intéressées. Ce sera

(1) Paris, 23 août 1870, S. 71, 2, 8; D. 71, 2, 9 et les renvois. Nancy, 26 mars 1874, S. 74, 2, 65.

nécessairement dans la forme adoptée pour la procédure gracieuse, puisqu'on se trouve dans une hypothèse où il est certain que le défendeur ne peut être touché par une assignation ou ajournement personnel. C'est pour ce motif que la voie de la requête est prescrite par l'art. 859, C. pr. c., ainsi conçu :

« Dans le cas prévu par l'art. 112, C. C., et pour y faire statuer, il sera présenté requête au président du tribunal. Sur cette requête, à laquelle seront joints les pièces et documents, le président commettra un juge pour faire le rapport au jour indiqué ; et le jugement sera prononcé après avoir entendu le procureur de la République. »

401. Devant quel tribunal l'action devra-t-elle être portée?

La question est de savoir quelle est la nature de l'action appartenant aux intéressés. Est-elle personnelle, réelle ou mixte? Quelques-uns traitent cette action comme si elle était mixte, et admettent indifféremment la compétence du tribunal dans le ressort duquel le présumé absent avait son domicile, ou celle du tribunal de la situation des biens (1). Mais en général les auteurs attribuent compétence au tribunal du dernier domicile. Cette opinion peut être admise, mais il n'en résulterait pas que l'action serait personnelle, et quelques explications sont nécessaires :

La nature d'une action est déterminée par son objet. Or, l'objet direct de l'action dérivant de l'art. 112, C. C., est de provoquer des mesures destinées à pourvoir à l'administration des biens. L'état de présomption d'absence de la personne est simplement allégué comme moyen, et ne devra être retenu par le juge que comme *motif*, sans qu'il soit nécessaire de le constater dans le dispositif. L'action est donc réelle ; c'est pour ce motif qu'elle appartient à des personnes qui n'ont jamais été, avec le présumé absent, dans les liens d'un rapport de créance.

(1) Demiau-Crouzilhac, p. 533.

Mais, lorsque l'action tend à la nomination d'un curateur général pour tout le patrimoine, comme le patrimoine ainsi envisagé d'une manière abstraite, se confond avec la personne, et a le même siège que la personne elle-même, l'action devra être portée devant le tribunal du dernier domicile du présumé absent, non par application de la règle générale *actor sequitur forum rei*, mais parce que c'est au siège de la personne que se trouve le siège du patrimoine. Dans ce cas les mesures ordonnées s'étendront naturellement à tout le patrimoine, et par conséquent aux éléments de ce patrimoine qui peuvent se trouver en dehors de l'arrondissement du tribunal.

Si la demande tend uniquement à provoquer certaines mesures conservatoires à l'égard seulement de certains immeubles déterminés, l'action devra être portée devant le tribunal de la situation. Il pourra donc y avoir dans ce cas autant de jugements qu'il y aura de demandes relatives à des immeubles situés dans des arrondissements différents.

Une contrariété de jugements n'est-elle pas à craindre? Sans doute, il pourra arriver que le fait de l'absence totale de nouvelles d'une personne paraisse suffisamment démontré à un tribunal, alors que le même fait à l'égard de la même personne ne paraisse pas suffisamment démontré à un autre; que par suite la même personne soit présumée absente par un tribunal et ne le soit pas par un autre, quoique les deux tribunaux aient été saisis de la même question, pour des immeubles différents, à la requête du même intéressé. Mais en droit, il n'en sera pas ainsi : il faut en effet considérer uniquement le dispositif des deux décisions; l'un portera qu'il y a lieu de prendre telle mesure à l'égard de tel immeuble, l'autre portera que le demandeur est débouté de sa demande tendant à obtenir telle mesure à l'égard de tel autre immeuble. Il n'y a donc pas contrariété de jugement.

Il est certain cependant que l'antinomie qui se retrouvera

dans les motifs est une chose fâcheuse. C'est probablement pour éviter cette antinomie que dans la discussion qui eut lieu au Conseil d'État, on avait décidé qu'un premier jugement rendu par le tribunal du domicile statuerait sur le fait de la présomption d'absence, et qu'ensuite d'autres jugements rendus par les tribunaux de la situation pourraient édicter les mesures nécessaires (1). C'était consacrer l'existence de deux actions distinctes, l'une personnelle, en déclaration de présomption d'absence ; l'autre réelle ayant pour objet unique l'appréciation des mesures à prendre pour les biens envisagés dans chaque arrondissement de leur situation. Mais c'était là ajouter encore aux frais et aux lenteurs d'une procédure déjà suffisamment compliquée. Quoi qu'il en soit, cette opinion n'a pas laissé de traces dans la rédaction de la loi. Il en résulte donc qu'il n'existe pas d'action spéciale en déclaration de présomption d'absence, et qu'il n'y a qu'une action ayant pour objet principal et direct l'administration des biens; la présomption d'absence de la personne n'a que la valeur et l'importance d'un *moyen*.

Les auteurs ne traitent pas la question de la même manière, mais arrivent en général, quoique par d'autres voies, à adopter les solutions que nous proposons (2).

402. Les mesures à prendre dans l'intérêt du présumé absent, seront arbitrées par le tribunal. Dans la plupart des cas il y aura lieu de nommer un curateur ou administrateur, dont les pouvoirs seront plus ou moins étendus suivant les circonstances, mais ne sauraient dépasser les bornes de l'administration ; c'est ce qui résulte des termes même, de l'art. 112 (3). Il est donc excessif de prétendre que le curateur, une fois nommé par le tribunal, est le mandataire du présumé

(1) Locré, *Esprit du Code civil*, t. II, p. 301 et suiv.
(2) Voy. Demolombe, *Absence*, n° 20; Laurent, t. II, n° 136.
(3) Laurent, II, n° 141.

absent, et se trouve investi à ce titre, du droit d'intenter *toutes les actions* appartenant à ce dernier (1); tout ce qu'on peut admettre, c'est qu'il faut entendre l'administration d'une manière large, et comme comprenant, par exemple, le droit de poursuivre le recouvrement des créances.

Dans un seul cas, celui où il s'agit d'un partage, la loi dit aux juges ce qu'ils doivent faire :

ART. 113. Le tribunal, à la requête de la partie la plus diligente, commettra un notaire pour représenter les présumés absents, dans les inventaires, comptes, partages et liquidations dans lesquels ils seront intéressés.

La mission confiée au notaire dans le cas de l'art. 113 n'est pas la même que celle à laquelle se réfèrent les art. 928 et 931, C. pr. c. Dans le cas de ces derniers articles il s'agit uniquement de représenter des non-présents à la levée des scellés et à l'inventaire; le même notaire pourrait donc représenter plusieurs non présents. Au contraire, le notaire nommé dans le cas de l'art. 113 a une mission plus étendue, et comme il pourrait y avoir opposition d'intérêts entre les divers présumés absents, il ne peut en représenter qu'un seul. D'un autre côté, dans le cas des art. 928 et 931, C. pr. c., le notaire est nommé par le président du tribunal de première instance, alors que dans le cas de l'art. 113 il doit être nommé par le tribunal lui-même. Nous devons cependant constater que, dans un grand nombre de tribunaux, la pratique a confondu les deux situations, et que le notaire est commis par le président et non par le tribunal.

La loi suppose que le présumé absent peut se trouver intéressé dans un partage; ce point peut se vérifier :

1° Si le présumé absent est appelé, avec d'autres, à recueillir une succession ouverte avant le commencement de l'absence;

(1) *Sic*, Cass. 6 nov. 1828, D. 28, 1, 435; DEMOLOMBE, *Absence*, n° 38.

2° Si cette succession étant ouverte depuis le commencement de l'absence, les personnes ayant le droit de la recueillir à défaut du présumé absent, en vertu de l'art. 136, renoncent à cette dernière disposition ;

3° Si le présumé absent faisait partie d'une société devant être liquidée.

Le pouvoir conféré au notaire de représenter le présumé absent dans les opérations d'un partage ne lui donnerait pas de plein droit celui de provoquer lui-même ce partage. C'est un point sur lequel tout le monde est d'accord. Il a été jugé cependant qu'aucune atteinte n'était portée à cette règle par des conclusions prises en première instance par le notaire commis, tendant à la cessation de l'indivision et à la vente des immeubles communs, si ces conclusions ne constituent qu'une adhésion à celles qui ont été formulées au nom de l'une des autres parties en cause, ayant pris l'initiative de la demande (1).

Le rôle du notaire commis ne doit pas se borner à une simple assistance de forme ; il doit défendre les intérêts de l'absent qu'il représente. Il est logique de lui reconnaître le droit de recevoir les sommes attribuées à l'absent par l'effet du partage, mais à la charge d'en opérer la consignation, ou de demander au tribunal l'indication d'un placement plus productif, à peine d'en devoir l'intérêt personnellement (2). Il ne saurait d'ailleurs instrumenter valablement dans les opérations où il représente l'absent (3).

403.

Art. 114. Le ministère public est spécialement chargé de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes, et il sera entendu sur toutes les demandes qui les concernent.

Ces deux dispositions ne se confondent pas ; la dernière

(1) Cass. 21 nov. 1887, D. 88, 1, 165.

(2) Cass. 16 fév. 1853, D. 53, 1, 62.

(3) L. 29 sept.-6 oct. 1791 ; trib. Seine, 18 sept. 1862, Bertin, *Chambre du conseil*, t. II, p. 273 et 352.

consacre au renvoi à l'art. 83-7°, C. pr. c., qui exige la communication au ministère public des affaires concernant les présumés absents La première, pour avoir un sens plus utile, doit signifier que le procureur de la République a le droit d'agir d'office pour provoquer les mesures autorisées par l'art. 112; sinon, en quoi pourrait consister la mission de *veiller* aux intérêts des personnes présumées absentes?...

Mais il ne résulte pas de là que le ministère public soit constitué le représentant des absents, et qu'il puisse, comme le soutiennent quelques auteurs (1), exercer les actions qui leur appartiennent, ou contredire les demandes formées contre eux (2).

404. Les règles formulées dans les art. 112, 113 et 114 concernent uniquement les présumés absents, et ne s'appliquent pas aux non présents, dont la loi n'avait pas à s'occuper, ainsi que nous l'avons déjà remarqué. Quelques auteurs cependant pensent qu'il faut assimiler les non présents à l'absent présumé en ce qui touche l'application des règles ci-dessus (3). — Demolombe, usant du procédé qui lui est ordinaire, propose une solution intermédiaire, admettant l'assimilation dans certains cas, la repoussant dans d'autres (4).

Ces opinions ont pour fondement cette idée ainsi formulée par Demolombe, que « *les dispositions qui s'occupent spécialement des non-présents sont bien incomplètes;* elles ne prévoient guère que deux cas : celui où l'individu non-présent est intéressé dans une succession, dans un partage, et celui où il s'agit de faire serrer la récolte d'un cultivateur *absent*,

(1) Notam. ZACHARIÆ, t. I, p. 291.
(2) Voy. LAURENT, t. II, n° 139.
(3) ZACHARIÆ, t. I, p. 288; PROUDHON, p. 253 et suiv.
(4) *Absence*, n° 18.

c'est-à-dire *non présent*, suivant la pensée évidente de la loi des 28 septembre-16 octobre 1791 (1). »

Nous répondrons que si les lois ne prévoient que ces deux cas, elles en prévoient certainement un de trop. Que l'on s'occupe du non-présent quand il est intéressé dans un partage, cela se comprend, non à cause de lui, mais à cause des présents à qui l'on doit faciliter les moyens de terminer une liquidation. Mais on ne comprend pas pourquoi la loi s'occuperait de faire serrer la récolte d'un cultivateur *non présent*, et si elle s'occupe de ce détail, pourquoi ne s'occuperait-elle pas de tous les autres? Ce serait combler une lacune, puisqu'on déclare la loi *incomplète!*

Concluons donc que les mesures autorisées pour le cas de présomption d'absence, ne peuvent jamais être prises dans l'intérêt d'une personne seulement non présente et dont l'existence n'est pas incertaine (2).

Cette conclusion radicale est nécessaire pour opposer une barrière à ces doctrines trop faciles qui, sous prétexte de rendre service aux individus éloignés, et après avoir commencé par faire *serrer leur récolte*, autoriseraient peu à peu une immixtion de plus en plus envahissante dans leurs affaires privées; de sorte qu'à une époque où les moyens de déplacement n'ont jamais été plus faciles, on ne pourrait entreprendre un voyage sans s'exposer à ce danger. On en a vu récemment un curieux exemple : Un compositeur célèbre, M. Saint-Saens, ayant jugé convenable d'aller chercher le repos dans une région que, pour ce motif, il n'avait pas fait connaître, on a pu voir, quelques jours à peine après son départ, un individu venant réclamer des mesures conservatoires du patrimoine de ce non-présent!

La jurisprudence, sur le point qui nous occupe, manque

(1) *Ibid.*
(2) Conf. LAURENT, t. II, n° 118.

de fermeté. Sans doute elle reconnaît qu'un tribunal ne saurait nommer au non-présent un curateur chargé de le représenter (1), ni un notaire quand il est intéressé dans un partage (2), mais elle admet aussi la possibilité de lui nommer, dans ce dernier cas, un administrateur provisoire (3), et d'une manière plus générale, elle confère au juge des référés le droit de pourvoir aux intérêts du non-présent qui exigent des mesures immédiates, sans néanmoins que l'administrateur provisoire ainsi désigné ait le pouvoir de représenter cet individu en justice (4). Il a été aussi jugé, sur le fondement de la loi des 16-24 août 1790 relative à l'organisation judiciaire, qui charge le ministère public de *veiller pour les absents indéfendus*, que cette loi pouvait s'entendre des non-présents, et autorisait par conséquent le ministère public à provoquer les mesures le mieux appropriées aux circonstances (5).

405. La loi, avons-nous dit, n'avait pas à s'occuper et ne s'est pas occupé des non-présents, c'est-à-dire de ceux dont l'existence est certaine, mais qui, dans la métropole, ne sont pas là où on aurait besoin d'eux; il leur est, en général, facile de se transporter à l'endroit voulu ou de constituer un mandataire. Ce n'est que par exception, et lorsqu'ils sont intéressés dans une succession, que la loi s'occupe d'eux (art. 928 et 931, C. C.). Mais il peut arriver que la présence d'un Français qui n'a jamais quitté son domicile en France, soit tout à coup nécessaire à l'étranger, par exemple pour défendre ou faire valoir ses droits dans une succession ouverte à l'étran-

(1) Cass. 19 juin 1866, S. 66, 1, 324; Bordeaux, 22 nov. 1870, S. 71, 2, 90.

(2) Trib. Seine, 23 et 28 fév. 1849, 7 mars 1853, BERTIN, *Chambre du conseil*, t. II, p. 341 et suiv.

(3) *Ibid.*

(4) Paris, 16 déc. 1864, sous Cass. 19 juin 1866, S. 66, 1, 324.

(5) Nancy, 26 mars 1874, S. 74, 2, 165.

ger. Dans ce cas le Français, présent en France au lieu de son domicile, sera *non présent* relativement au lieu où cette succession est ouverte; sera également non présent le Français domicilié en pays étranger, et qui se trouve éloigné de son domicile quand il faudra liquider une succession ouverte à son profit au lieu même de son domicile. Dans ces hypothèses et autres semblables il n'est pas toujours facile d'être présent ou représenté au moment même où il faudrait veiller aux intérêts nouveaux et imprévus qui viennent d'apparaître.

Les intérêts français qui se débattent en pays étranger, ne jouissent pas, à cause de cela, de la même sécurité que ceux qui se débattent au sein même de la métropole. La loi et les traités devaient donc chercher dans l'institution des consuls le moyen d'accorder à ces intérêts le supplément de garantie et de protection jugé nécessaire.

D'abord, et d'une manière générale, les instructions ministérielles chargent les consuls, quand il s'agit de marchandises expédiées à l'étranger, de prendre ou provoquer dans l'intérêt des ayants-droit absents, c'est-à-dire non présents, toute mesure conservatoire, telle que dépôt, sequestre, transfert dans un lieu public (1).

406. Mais c'est surtout en matière de succession que la nécessité d'organiser à l'étranger la représentation immédiate d'un Français non présent est manifeste. Ce point ne pouvait être réglé que par des conventions diplomatiques.

Ces conventions sont nombreuses, et ne présentent pas toujours la même formule.

Certaines de ces conventions contiennent la clause générale que :

« Dans le cas de décès de leurs nationaux, morts sans

(1) Instr. aff. étrang. 29 nov. 1883; DE CUSSY, *Règlements consulaires*, p. 19.

avoir testé ni désigné d'exécuteurs testamentaires, les consuls pourront apposer les scellés, faire inventaire, administrer et liquider la succession, soit personnellement, soit par un agent nommé par eux sous leur responsabilité. »

Des traités contenant une formule semblable ont été conclus avec les nations suivantes :

Equateur, traité du 6 juin 1843, promulgué par ordonnance du 28 mars 1845, art. 22;

Guatemala, traité du 8 mars 1848, promulgué par la loi du 10 mai 1849, art. 22;

Honduras, traité du 22 février 1856, promulgué par décret du 17 novembre 1857, art. 22;

Nicaragua, traité du 11 avril 1859, promulgué par décret du 21 janvier 1860, art. 22;

Paraguay, traité du 4 mars 1853, promulgué par décret du 2 février 1854, art. 10;

Pérou, traité du 9 mars 1861, promulgué par décret du 26 février 1862, art. 37;

Saint-Domingue, traité du 8 mai 1852, promulgué par décret du 26 novembre 1852, art. 24;

Iles Sandwich, traité du 29 octobre 1857, promulgué par décret du 21 janvier 1859, art. 20;

Venezuela, convention du 24 octobre 1856, promulguée par décret du 12 août 1857, art. 8.

Quelquefois la formule n'est pas aussi générale, et est ainsi rédigée :

« En cas de décès d'un Français dont les héritiers ne seraient pas connus, seraient *absents* (c'est-à-dire *non présents*) ou incapables, les consuls peuvent faire apposer les scellés, faire inventaire, administrer et liquider la succession, soit personnellement, soit par un agent nommé par eux sous leur responsabilité. »

Cette formule se trouve dans les traités conclus avec les nations suivantes :

Brésil, convention du 10 décembre 1860, promulguée par décret du 17 mars 1861, art. 7;

Espagne, convention du 7 janvier 1862, promulguée suivant décret du 18 mars 1862, art. 20;

Italie, convention du 28 juillet 1862, promulguée suivant décret du 14 septembre 1862, art. 9;

Portugal, convention du 10 juillet 1866, promulguée suivant décret du 27 juillet 1867, art. 8.

Les traités de cette nature peuvent aussi contenir certaines restrictions aux pouvoirs des consuls; c'est ce qui s'est produit avec le :

Chili, traité du 15 septembre 1846, promulgué suivant décret du 8 août 1853. L'art. 23 de ce traité est ainsi conçu :

« En cas de décès de leurs nationaux, les consuls seront de droit les représentants de ceux de leurs nationaux qui pourraient être intéressés dans une succession, et qui ne se trouvant pas sur les lieux où la succession s'est ouverte, n'auraient pas constitué un mandataire. En cette qualité ils exerceront les mêmes droits que l'héritier aurait pu exercer lui-même, moins celui de recevoir les fonds ou effets provenant de la succession, une procuration spéciale étant nécessaire pour les recevoir. »

La formule suivante mérite d'être remarquée :

« Si parmi les héritiers et légataires universels ou à titre universel, il s'en trouve dont l'existence soit incertaine, ou le domicile inconnu, qui ne soient pas présents, ni dûment représentés, qui soient mineurs ou incapables.... le consul sera, comme sequestre des biens de toute nature laissés par le défunt, chargé de plein droit d'administrer et de liquider la succession. »

On rencontre cette clause dans les traités suivants :

Grèce, convention du 7 janvier 1876, promulguée suivant décret du 22 février 1878, art. 14;

Salvador, convention du 15 juin 1878, promulguée suivant décret du 7 août 1879, art. 14.

Le traité passé avec la :

Russie, le 1er avril 1874, promulgué suivant décret du 17 juin 1874, contient seulement la clause suivante :

« Art. 6. Le consul aura droit de prendre à l'égard de la succession mobilière du défunt, toutes les mesures conservatoires qu'il jugera utiles dans l'intérêt des héritiers. Il pourra l'administrer soit personnellement, soit par des délégués choisis par lui et agissant en son nom. »

Les traités se bornent quelquefois à déclarer sommairement que :

« Les biens des Français décédés seront remis à leurs héritiers ou à leur défaut au consul. »

C'est le cas pour les traités passés avec les nations suivantes :

Madagascar, traité du 8 août 1868, promulgué suivant décret du 13 mars 1869, art. 11;

Mascate, traité du 17 novembre 1844, promulgué suivant Ord. du 22 juillet 1846, art. 7;

Siam, traité du 15 août 1856, promulgué suivant décret du 28 décembre 1857, art. 14.

Enfin, nous devons citer le traité passé avec la *Nouvelle Grenade* le 15 mai 1856 promulgué suivant décret du 14 octobre 1857, dont l'art. 24 stipule les droits de la nation la plus favorisée en ce qui touche les fonctions à remplir par les consuls.

Les divers traités ou conventions que nous venons d'indiquer présentent des nuances assez délicates sur lesquelles nous n'avons pas à insister. Nous nous bornerons à faire remarquer que ces instruments diplomatiques ne restreignent en aucune manière le droit qui appartient aux particuliers de se faire représenter à l'étranger par des mandataires de leur choix. Les intéressés peuvent même choisir comme man-

dataires des consuls ou vice-consuls. Ces derniers agissent alors comme mandataires privés, et leurs actes qui peuvent engager leur responsabilité personnelle ne sauraient engager celle de l'État (1), quand même la procuration leur aurait été transmise par les soins du ministre des affaires étrangères, sur la demande des intéressés (2).

407. On se demande encore si les dispositions du Code civil qui régissent la période de présomption d'absence sont applicables aux étrangers qui possèdent des biens en France? On admet assez généralement que la théorie de l'absence est régie par le statut personnel, et que, par suite, c'est à la loi nationale de l'absent qu'il appartient de déterminer les conditions dans lesquelles son absence peut être déclarée; or on a soutenu que les tribunaux français ne pourraient pas déclarer l'absence d'un étranger, même par application de sa loi nationale. Quand même une telle solution serait admissible, il n'en résulterait pas que les tribunaux français n'aient pas le droit d'appliquer les mesures conservatoires prévues par les art. 122 et suiv., qui ont directement les biens pour objet, dont le caractère est d'être provisoires et purement conservatoires, sans modifier en aucune manière l'état du présumé absent (3).

Les tribunaux français pourraient donc nommer un administrateur ou curateur général chargé de pourvoir à l'administration de tous les biens situés en France d'un étranger présumé absent. Mais si cet étranger possédait également des biens situés dans d'autres pays, il est manifeste, en l'absence de traités diplomatiques sur la matière, que la décision des tribunaux français ne pourrait produire aucun effet utile par rapport aux biens situés à l'étranger.

(1) Cons. d'État, 1er juin 1854, S. 54, 2, 718.

(2) Cons. d'État, 6 déc. 1855, S. 56, 2, 438.

(3) Voy. Demolombe, *Absence*, no 14; Laurent, *Droit civil international*, t. VI, no 336; Douai, 2 août 1854, S. 54, 2, 700.

408. Ce qui caractérise la période de la présomption d'absence, que nous venons d'étudier, ce ne sont pas les mesures conservatoires que la nécessité a pu commander dans l'intérêt de la personne qui a disparu, mais seulement cette circonstance qu'on est resté, durant toute cette période, sans nouvelles de cette personne. Il peut donc se faire que pendant la durée de la présomption d'absence personne n'ait en à provoquer de la part du tribunal compétent, une mesure conservatoire quelconque.

La présomption d'absence cesse :

1° Par le retour de l'absent ou par la preuve acquise de son existence;

2° Par la preuve acquise de son décès ;

3° Par le jugement de déclaration d'absence qui pourra être provoqué après l'expiration d'un certain temps comme nous allons le voir dans le chapitre suivant.

CHAPITRE II.

DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE.

409. — Quand l'absence peut-elle être déclarée?
410. — *Quid* si l'absent a laissé une procuration? art. 121 et 122.
411. — Des pouvoirs d'appréciation du juge dans cette hypothèse.
412. — Personnes ayant qualité pour provoquer la déclaration d'absence.
413. — *Quid* de leurs créanciers? Distinction nécessaire.
414. — Du ministère public; du tribunal compétent.
415. — Un tribunal français pourrait-il déclarer l'absence d'un étranger? Solution affirmative.
416. — Procédure de l'instance en déclaration d'absence, art. 116 à 119.

409 Durant la période de l'absence déclarée, c'est encore l'intérêt de l'absent qui est pris en considération. Il s'agit d'organiser en vue de cet intérêt, un système plus complet d'administration du patrimoine. Les héritiers présomptifs, notamment, sont appelés à concourir, dans cet ordre d'idées, avec d'autres personnes; c'est ce qui peut faire croire, tout d'abord, que l'intérêt des héritiers présomptifs est également pris en considération.

Cette seconde période ne commencera qu'en vertu d'un jugement déclaratif d'absence, et ce jugement ne pourra être provoqué par les parties intéressées que lorsqu'un temps assez long se sera écoulé depuis les dernières nouvelles;

ART. 115. Lorsqu'une personne aura cessé de paraître au lieu de son domicile, ou de sa résidence, et que depuis quatre ans on n'en aura point eu de nouvelles, les parties intéressées pourront se pourvoir devant le tribunal de première instance, afin que l'absence soit déclarée.

L'action en déclaration d'absence accordée par la loi à certains intéressés a pour but immédiat l'obtention d'un jugement duquel il résultera qu'il y a incertitude sur l'existence d'une personne. La déclaration abstraite de l'incertitude

quant à l'existence d'une personne, ne saurait constituer le but final et le résultat utile de l'action. Ce ne peut être qu'un préalable. Le résultat utile de cette constatation sera la possibilité pour les parties intéressées de demander ce qu'on appelle l'*envoi en possession provisoire* des biens de l'absent, ou l'*exercice provisoire* des droits subordonnés à la condition de son décès (art. 120 et 123, C. C.). — Il existe par conséquent une liaison inséparable entre l'action en déclaration d'absence, et la demande d'envoi en possession provisoire, la première étant considérée comme le préalable de la seconde et n'ayant d'autre raison d'être que de rendre la seconde possible.

Or, pour que l'on puisse obtenir ainsi l'envoi en possession des biens d'une personne il faut qu'il y ait réellement incertitude sur son existence, et cette incertitude ne prendra un caractère sérieux que si un certain temps s'est écoulé du jour, non de la réception, mais de la date des dernières nouvelles. La date des dernières nouvelles doit, en effet, être considérée comme celle de la disparition (art. 120) (1).

410. Ce temps d'incertitude doit avoir duré quatre années, si l'absent n'a point laissé de procuration pour l'administration de ses biens. Mais si l'absent a laissé une procuration pour cet objet, il est manifeste que l'absence de nouvelles n'a plus la même gravité, et alors on s'est demandé si l'existence d'une procuration laissée par le présumé absent devait retarder l'époque où la déclaration d'absence pourrait être poursuivie, ou bien si cette procuration devait seulement en ajourner les effets, c'est-à-dire retarder l'envoi en possession. C'est d'abord dans ce dernier sens que s'étaient prononcés les auteurs du projet, qui avaient naturellement inséré cette solution dans le chapitre suivant relatif aux effets de l'absence. Mais finalement on reconnut que l'existence d'une procura-

(1 LAURENT, t. II, n° 156.

tion devait retarder la déclaration d'absence elle-même.

ART. 121. Si l'absent a laissé une procuration, ses héritiers présomptifs ne pourront poursuivre la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire qu'après dix années révolues depuis sa disparition ou depuis ses dernières nouvelles.

C'est donc par inadvertance que cette disposition n'a pas été transportée dans notre chapitre comme nous croyons devoir le faire.

C'est le fait d'avoir laissé une procuration et non le fonctionnement actuel de cette procuration qui explique le défaut de nouvelles et doit retarder la poursuite de la déclaration d'absence, par conséquent :

ART. 122. Il en sera de même si la procuration vient à cesser ; et, dans ce cas, il sera pourvu à l'administration des biens de l'absent, comme il est dit au chapitre premier du présent titre.

En effet, disait Bigot Préameneu : « On a prévu le cas où la procuration cesserait par la *mort* ou par autre *empêchement*. Ces circonstances ne changent pas les inductions qui naissent du fait même qu'il a été laissé une procuration (1). »

On a voulu tirer de ces paroles la conclusion que l'art. 122 devait recevoir son application dans le cas seulement où la procuration cesse par l'effet de circonstances indépendantes de la volonté du présumé absent, et non par l'échéance d'un terme qu'il aurait fixé. L'argument est médiocre et ne saurait prévaloir sur les termes généraux de l'art. 122, en présence desquels toute distinction est arbitraire. Donc, une procuration donnée pour un délai moindre de cinq ans suffit pour retarder l'époque où la demande en déclaration d'absence pourra être formée.

411. Nous devons cependant constater que les auteurs s'accordent en général pour reconnaître aux tribunaux une certaine latitude d'appréciation dans le cas d'une procuration spéciale, comme dans celui d'une procuration dont le terme

(1) LOCRÉ, t. II, n° 19.

moindre de cinq ans ou supérieur à dix ans est échu (1).

Ce qui explique cette opinion inconsistante, c'est que les auteurs raisonnent comme s'il s'agissait, non du jugement préparatoire qui doit statuer sur la recevabilité de l'action, et ordonner au besoin une enquête, mais du jugement définitif qui doit déclarer l'absence. Demolombe invoque même formellement l'art. 117 d'après lequel le tribunal *doit avoir égard aux motifs de l'absence et aux causes qui ont pu empêcher d'avoir des nouvelles*. Mais il ne s'agit pas de cela; les difficultés dont nous nous occupons soulèvent uniquement une question de *recevabilité d'action*.

L'art. 117 doit être laissé de côté, il ne doit recevoir d'application qu'après l'enquête ordonnée, et l'appréciation qu'elle laisse aux juges ne peut se produire qu'après l'enquête. Pour les difficultés envisagées, il faut se placer au moment même où les intéressés présentent la demande en déclaration d'absence. Le tribunal, avant d'ordonner l'enquête indispensable, doit se prononcer d'abord sur la recevabilité de l'action et le ministère public, contradicteur naturel de la demande, doit opposer les fins de non-recevoir qui résultent des situations.

Or, 1° quand un intéressé demande la déclaration d'absence d'un individu qui a disparu depuis quatre ans, le ministère public peut-il lui opposer une fin de non-recevoir tirée de ce que le présumé absent a laissé une procuration? — Incontestablement, car l'art. 121 est formel, et ne distingue pas entre une procuration spéciale et une procuration générale.

2° Dans le même cas, le ministère public pourrait-il opposer une fin de non-recevoir tirée de ce que le présumé absent aurait laissé une procuration, même ayant pris fin? Incontestablement car l'art. 122 est formel et ne distingue pas

(1) DEMOLOMBE, *Absence*, n°s 54, 55, 565; LAURENT, t. II, n° 155.

entre une procuration ayant pris fin par une circonstance indépendante de la volonté du mandant, et une procuration ayant pris fin par l'échéance d'un terme convenu.

412. Quelles sont les parties intéressées auxquelles les textes ci-dessus confèrent le droit d'agir?

De la relation intime existant, comme nous l'avons déjà dit, entre la demande en déclaration d'absence, qui n'est qu'un préalable, ne pouvant se suffire à elle-même, et l'envoi en possession provisoire, qui est le but final, il suit que *le préalable* ne peut être essayé que par ceux à qui le but final est accessible. En d'autres termes, peuvent seulement se pourvoir en déclaration d'absence, ceux qui peuvent obtenir l'envoi en possession provisoire ou l'exercice provisoire de droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, c'est-à-dire :

1° Les héritiers présomptifs au jour des dernières nouvelles, à leur défaut les héritiers du degré subséquent, et enfin les successeurs irréguliers (arg. art. 140, C. C.);

2° Toutes les personnes ayant un droit subordonné à la condition du décès de l'absent, c'est-à-dire :

Les légataires universels et même particuliers;

Les donataires de biens à venir;

Les donataires avec stipulation d'un droit de retour;

L'appelé à la substitution dont l'absent est grevé;

Le nu-propriétaire des biens dont le présumé absent est usufruitier.

413. On se demande si les créanciers des diverses parties intéressées, ci-dessus énumérées, peuvent, du chef de leurs débiteurs et en vertu de l'art. 1166, provoquer la déclaration d'absence?

Ainsi posée, la question est trop générale, et la solution qu'elle comporte rend nécessaire une distinction que les auteurs ne font pas.

De la part des héritiers présomptifs, en effet, et de ceux

qui leur sont assimilés, la demande *préalable* en déclaration d'absence, combinée avec la demande *finale* d'envoi en possession, tend uniquement à l'organisation d'un système général d'administration des biens de l'absent. Ceux qui formulent ces demandes acceptent de se charger de cette administration dans les conditions établies par la loi. Il est manifeste qu'une telle faculté n'a jamais fait partie du droit de gage qui appartient à leurs créanciers. Il faut donc admettre sans difficulté que les créanciers des héritiers présomptifs ne peuvent, en vertu de l'art. 1166, prétendre exercer ce même droit du chef de leurs débiteurs (1), sans qu'il y ait lieu de rechercher, comme le font quelques auteurs, s'il s'agit d'un droit attaché ou non à la personne (2).

Mais nous pensons qu'il faut adopter une solution différente à l'égard des créanciers des personnes énumérées dans l'article 123 qui ont sur les biens de l'absent des droits subordonnés à la condition de son décès. Ces personnes n'offrent pas, comme les héritiers présomptifs, de se charger de l'administration des biens de l'absent. Elles veulent seulement réaliser tout de suite, sous certaines conditions, ce qui leur appartiendrait s'il était certain que l'absent fût mort. La possibilité de cette réalisation immédiate constitue, dans la théorie de la loi, une modalité intégrante de leur droit. Or le droit dont elles sont investies fait partie du gage appartenant à leurs créanciers; d'un autre côté il n'y a pas de texte qui déclare ce droit insaisissable, donc il peut être exercé par leurs créanciers (3).

Quant aux créanciers personnels de l'absent, la question de savoir s'ils peuvent provoquer la déclaration d'absence semble oiseuse. De deux choses l'une, en effet : ou ils ont

(1) Voy. LAURENT, t. II, n° 187.
(2) DEMOLOMBE, *Absence*, n°s 61 et 78.
(3) Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, n°s 82 et 121.

provoqué déjà les mesures conservatoires autorisées par l'art. 112, et alors ils ne sauraient réclamer autre chose, ou ils n'ont pas encore provoqué ces mesures, et alors il dépend d'eux de le faire; la circonstance que plus de quatre années se sont écoulées depuis les dernières nouvelles ne saurait leur donner le droit, qui d'ailleurs ne leur servirait de rien, de faire déclarer l'absence. Mais il faut reconnaître qu'une demande en déclaration d'absence émanée des héritiers présomptifs, ne pouvant aboutir à un jugement définitif qu'après un délai assez long, ne mettrait pas obstacle à ce que les créanciers du présumé absent demandent et obtiennent l'application immédiate des mesures autorisées par l'art. 112.

414. Le ministère public n'a pas qualité pour provoquer la déclaration d'absence; il est au contraire le contradicteur naturel de l'action exercée dans ce but par les intéressés, et il lui appartient de faire valoir les diverses raisons de fait ou de droit qui doivent faire ajourner la déclaration d'absence.

Au point de vue de la compétence, il n'est pas possible de la déterminer par cette considération que l'action en déclaration d'absence serait personnelle. On ne peut pas en effet considérer comme personnelle une action qui n'est recevable qu'à la condition qu'il n'y ait pas de défendeur, et qui doit disparaître *ipso jure* s'il appert que le défendeur existe. La vérité est que cette action a pour base, d'abord une certaine qualité dont se trouve investi celui qui agit, et pour objet une sorte de revendication ou pétition contre le patrimoine de celui qui a disparu. C'est parce que le domicile est le siège du patrimoine, ainsi que nous l'avons déjà dit, que le tribunal du domicile est compétent, à son défaut celui de la dernière résidence connue, et à défaut de résidence connue en France, le tribunal de la situation des biens (1).

415. Un tribunal français, compétent comme on l'a vu plus

(1) Voy. LAURENT, t. II, nº 159.

haut (n° 407), pour prescrire les mesures conservatoires autorisées par les art. 112 et suivants, en ce qui concerne les biens d'un présumé absent étranger, pourrait-il déclarer l'absence de cet étranger ?

La négative a été énergiquement soutenue par Demolombe qui s'est mépris singulièrement sur la portée de la question, car il raisonne absolument comme s'il s'agissait, dans une matière régie par le statut personnel, de soumettre un étranger à la loi française (1). Jamais un auteur sérieux n'a soutenu une pareille hérésie.

Étant reconnu et admis que la loi nationale du présumé absent doit seule être appliquée pour savoir au bout de combien de temps le défaut de nouvelles rendra assez sérieuse l'incertitude de son existence, la question est de savoir si les tribunaux français peuvent déclarer l'absence d'un étranger par application des lois de son pays. En d'autres termes la question est de savoir si des Français investis de droits subordonnés au décès d'un étranger, ne pourront pas, en France, faire prononcer l'absence de cet étranger? L'opinion de Demolombe a été consacrée par un arrêt dont les motifs méritent d'être signalés :

« Attendu, dit la Cour de Douai (2), que des dispositions qui touchent de si près à l'état des personnes, et qui modifient si profondément cet état ne peuvent pas être appliquées à l'étranger. »

Or, les dispositions dont il s'agit ne touchent ni de près, ni de loin à l'état des personnes, et ne modifient cet état ni peu, ni beaucoup. « En quoi, s'écrie M. Laurent, l'état d'un absent est-il intéressé dans le jugement qui déclare l'absence ? Défions-nous de ces grands mots qui ne disent rien à l'esprit (3). »

(1) *Absence*, n° 14 *bis* (2).
(2) Douai, 2 août 1854, D. 55, 2. 4.
(3) T. II, n° 159.

L'arrêt continue :

« Attendu que ces dispositions ne peuvent être appliquées, après surtout qu'il n'a pas et qu'il n'a jamais eu ni domicile, ni résidence en France, et qu'il n'est même pas possible de remplir à son égard *les formalités tutélaires qui sont la condition essentielle de la déclaration d'absence.* »

Ce sont encore des mots ; quelles sont les *formalités tutélaires* dont l'accomplissement est impossible...? Le même arrêt reconnaît dans un autre de ses motifs, que cependant « La demande ayant pour objet de faire déclarer l'absence d'un étranger, *relativement* aux biens qu'il possède dans l'arrondissement d'un tribunal, est nécessairement de la compétence de ce tribunal. » Il est donc possible de remplir devant ce tribunal toutes les formalités voulues, qui se réduisent à la requête et à l'enquête.

Reconnaissons donc que les tribunaux français peuvent déclarer l'absence d'un étranger en lui faisant l'application de sa loi nationale (1). Mais les effets de cette déclaration d'absence sur les biens de l'absent, devront-ils encore être régis par la loi nationale de l'absent, ou par la loi de la situation de ses biens ? C'est un autre côté de la question que nous examinerons en son lieu.

L'opinion que nous repoussons aurait pour résultat d'obliger toujours les Français intéressés à faire constater l'absence, à aller poursuivre à l'étranger devant les tribunaux étrangers l'instance en déclaration d'absence.

Remarquons à ce sujet que les jugements étrangers portant déclaration d'absence d'un étranger, rendus au profit d'un étranger ou d'un Français, peu importe, se bornant à la constatation d'un fait, doivent être admis et exécutés en France, sans nécessité d'*exequatur* (2).

(1) Weiss, *Traité de droit international privé*, p. 589.

(2) Douai, 20 juin 1820, P. 1819-1820, p. 1056 ; 5 mai 1836, S. 36, 2, 428.

416. Dans tous les cas, qu'il s'agisse d'un Français ou d'un étranger, le tribunal doit être saisi par voie de requête adressée au tribunal entier et non au président seul, comme on le fait quelquefois dans la pratique (1). Dans cette requête le demandeur doit conclure à ce qu'il plaise au tribunal déclarer l'absence de celui dont il s'agit, envoyer le concluant en possession provisoire de ses biens, et avant faire droit, ordonner qu'il sera procédé à l'enquête dont parle l'article suivant :

ART. 116. Pour constater l'absence, le tribunal, d'après les pièces et documents produits, ordonnera qu'une enquête soit faite contradictoirement avec le procureur de la République dans l'arrondissement du domicile, et dans celui de la résidence, s'ils sont distincts l'un de l'autre.

Sur le rapport fait par le juge commis au bas de la requête et sur les conclusions du ministère public, le tribunal, quand il ne déclarera pas la demande irrecevable, ordonnera donc l'enquête, qui ne saurait être faite à l'audience, comme cela a lieu dans les affaires sommaires (2), et dans laquelle les parents et successibles de l'absent, témoins en quelque sorte nécessaires, pourront être entendus (3).

L'enquête qui doit avoir lieu contradictoirement avec le ministère public, ainsi constitué partie adverse du demandeur, est, dans la théorie de la loi, le préliminaire indispensable de la déclaration d'absence. Elle seule, en effet, pourra révéler aux juges, avec une suffisante certitude, les éléments divers sur lesquels doit porter son appréciation, et que la loi indique en ces termes :

ART. 117. Le tribunal, en statuant sur la demande, aura d'ailleurs égard aux motifs de l'absence, et aux causes qui ont pu empêcher d'avoir des nouvelles de l'individu présumé absent.

Les juges ne sont donc pas liés par l'enquête, et pour-

(1) CHAUVEAU-CARRÉ, suppl. v° *Absence*, q. 2904 *bis*, n° 14.
(2) Colmar, 16 therm. an XIII, DALLOZ, *Répert.*, v° *Absence*, n° 189.
(3) Voy. DEMOLOMBE, *Absence*, n° 66, et les autorités citées.

raient, au besoin, ordonner une nouvelle enquête. L'enquête doit tendre directement à obtenir la preuve qu'il n'y a pas de nouvelles de l'absent. Elle doit être complétée par des mesures de publicité destinées à porter à la connaissance de l'absent, s'il vit encore, l'instance en déclaration d'absence qui le concerne : en conséquence :

ART. 118. Le procureur de la République enverra, aussitôt qu'ils seront rendus, les jugements tant préparatoires que définitifs, au ministre de la justice, qui les rendra publics.

La publication prescrite par cet article, et dont la loi ne détermine pas le mode, est en soi une formalité substantielle, et la déclaration d'absence ne saurait être prononcée tant qu'il n'est pas justifié de son accomplissement (1). Une mesure de publicité n'est efficace que si elle est suivie d'un délai suffisant dans lequel pourra se produire l'effet utile qu'on en espère ; pour ce motif :

ART. 119. Le jugement de déclaration d'absence ne sera rendu qu'un an après le jugement qui aura ordonné l'enquête.

Tous ces jugements sont susceptibles d'appel, soit de la part des parties, soit de la part du ministère public (2).

(1) Cass. 15 juillet 1878, D. 78, 1, 422.
(2) Cass. 3 déc. 1844, S. 45, 1, 14

CHAPITRE III.

DES EFFETS DE L'ABSENCE.

SECTION PREMIÈRE.

Des effets de l'absence, relativement aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition.

§ 1er. — De l'envoi en possession.

417. — Caractère de l'envoi en possession provisoire.
418. — Personnes ayant qualité pour demander cet envoi en possession.
419. — Sur quels biens il porte.
420. — De l'exercice des droits subordonnés au décès de l'absent, art. 123.
421. — Procédure à suivre par les intéressés.

417.

ART. 120. Dans le cas où l'absent n'aurait point laissé de procuration pour l'administration de ses biens, ses héritiers présomptifs, au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, pourront, en vertu du jugement définitif qui aura déclaré l'absence, se faire envoyer en possession provisoire des biens qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, à la charge de donner caution pour la sûreté de leur administration.

Les premiers mots de ce texte : *dans le cas où l'absent n'aurait point laissé de procuration pour l'administration de ses biens*, ont été conservés par mégarde; ils auraient dû disparaître, car ils se référaient au système abandonné d'après lequel l'existence d'une procuration retardait, non la déclaration d'absence, mais seulement l'envoi en possession provisoire.

Cela posé, quel est le caractère juridique de cet *envoi en possession* (provisoire) dont on parle?

D'après le texte, cet envoi en possession ne peut être obtenu qu'à la charge de donner caution, c'est donc la chose

dont la caution constitue la garantie. Or cette chose, nous dit l'art. 120, c'est l'*administration*, l'art. 125 reproduit la même idée; donc l'envoi en possession, n'est en réalité que l'obtention de l'administration ; demander l'envoi en possession provisoire c'est, d'après les termes mêmes de la loi, demander l'administration provisoire des biens de l'absent. Si donc, en cette matière, ou parle de possession, c'est tout simplement pour exprimer cette idée banale, que pour administrer une chose, il faut l'avoir à sa disposition, c'est-à-dire en sa possession. Il s'agit donc de la possession considérée en tant qu'elle est nécessaire à l'administration.

On fait encore remarquer que l'art. 120 semble exiger deux jugements distincts, l'un qui déclare l'absence, l'autre qui prononce l'envoi en possession; mais il n'en est pas ainsi (1), et la jurisprudence reconnaît qu'il n'est pas nécessaire d'obtenir deux jugements, si ceux qui poursuivent la déclaration d'absence sont les mêmes qui peuvent obtenir l'envoi en possession, et s'ils prennent, comme nous l'avons supposé plus haut (n° 416), des conclusions à cet effet (2). Un jugement spécial d'envoi en possession ne sera nécessaire que pour les intéressés voulant exercer un droit subordonné au décès de l'absent, et qui n'ont pas été parties dans la demande en déclaration d'absence.

418. Le premier effet de la déclaration d'absence est donc d'autoriser l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent dans le but d'en assurer l'administration.

Les personnes qui peuvent demander cette administration sont toutes celles qui y ont intérêt à raison d'un droit subordonné au décès de l'absent, dont elles se trouveraient investies. Ce sont les mêmes que celles qui pouvaient deman-

(1) Demolombe, *Absence*, n° 79.
(2) Trib. Grenoble, 23 déc. 1876, *J. av.*, t. LXXVII, p. 402.

der la déclaration d'absence, mais il faut compléter les notions déjà données sur ce point.

On distingue souvent entre les héritiers présomptifs et les autres personnes n'ayant pas cette qualité, mais investies d'un droit subordonné au décès de l'absent. Cette distinction n'a de réel intérêt qu'au point de vue de l'administration générale ou spéciale que peuvent réclamer les parties.

Pour les héritiers présomptifs la loi a attaché la faculté de demander l'administration générale, et comme moyen l'envoi en possession, à l'intérêt qu'ils ont, comme propriétaires éventuels, à conserver les biens de l'absent. Cette faculté peut disparaître puisque le conjoint commun en biens peut, en optant pour la continuation de la communauté, empêcher l'envoi en possession. Cela n'empêche pas cependant qu'elle constitue un avantage ou un *bien*, au sens large de l'expression, compris dans la formule générale de l'art. 724, et par conséquent transmissible (1).

De ce qu'il s'agit d'une faculté, destinée à protéger un intérêt successoral, transmissible, il suit :

1° Que les parents appelés à l'exercer sont ceux qui avaient la qualité d'héritiers présomptifs au jour de la disparition ou des dernières nouvelles ;

2° Qui par conséquent étaient conçus à cette époque (2) ;

3° Que l'exercice d'une telle faculté n'ayant rien d'obligatoire, en cas d'inaction des héritiers les plus proches, il passe aux héritiers présomptifs du degré subséquent (3), et même, à défaut d'héritiers successibles, à l'Etat (4) en vertu de l'art. 767.

(1) Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, n° 44.

(2) Douai 12 juillet 1856, D. 56, 2, 292 ; conf. Caen, 21 août 1863, D. *Répert.*, *Suppl.*, v° *Absence*, n° 19, note 1.

(3) Trib. Seine, 1845, D. 45, 4, 1.

(4) Colmar, 18 janv. 1850, D. 51, 2, 161.

4° Que si les héritiers présomptifs au jour de la disparition ou des dernières nouvelles viennent à décéder, ils transmettent à leurs héritiers la faculté de réclamer l'envoi en possession provisoire.

419. Voyons maintenant sur quels biens doit porter l'envoi en possession provisoire.

D'après notre art. 120, l'envoi en possession s'applique à tous les biens qui appartenaient à l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. Il comprend donc généralement tous les droits réels ou de créance qui figuraient à ce moment dans le patrimoine, même à titre purement conditionnel ou éventuel, ainsi que les actions en nullité, rescision ou résolution attachées à ces mêmes droits. Enfin les envoyés continuent la possession commencée par l'absent.

Mais, par contre, demeurent en dehors de l'envoi en possession, tous les droits qui font l'objet des art. 135 et suiv., c'est-à-dire les droits qui pourraient s'ouvrir au profit de l'absent après sa disparition.

Ainsi, par exemple, un individu a disparu de son domicile, on n'en a plus de nouvelles. Postérieurement, une succession s'ouvre à laquelle il serait appelé, s'il était vivant. Les co-héritiers ne contestant pas son existence font liquider sa part qui est remise, on le suppose, au curateur nommé pour le représenter. Plus tard son absence est déclarée; les envoyés en possession pourront-ils réclamer les biens alloués à l'absent dans la succession dont on vient de parler ? Non, car ces biens ne lui appartenaient pas au jour de sa disparition, puisque la succession n'était pas encore ouverte.

Les fruits échus depuis la disparition semblent aussi n'avoir jamais appartenu à l'absent; cependant ils sont attribués aux envoyés comme accessoire du capital, et pour ce motif l'article 126 veut qu'il en soit fait emploi.

420. Passons aux autres personnes ayant sur les biens de l'absent des droits subordonnés à son décès :

ART. 123. Lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en possession provisoire, le testament, s'il en existe un, sera ouvert à la réquisition des parties intéressées ou du procureur de la République près le tribunal; et les légataires, les donataires ainsi que tous ceux qui avaient sur les biens de l'absent des droits subordonnés à la condition de son décès, pourront les exercer provisoirement à la charge de donner caution (*).

Les héritiers présomptifs obtiennent, à raison de leur qualité, l'administration *générale* du patrimoine de l'absent. Mais de cette administration générale, il convient de distraire les biens sur lesquels d'autres personnes peuvent avoir des droits subordonnés au décès de l'absent. L'administration *spéciale* de ces biens doit naturellement appartenir à ces personnes qui peuvent, par suite, demander, quant à ces biens, leur envoi en possession provisoire.

Mais à qui devront-ils adresser cette demande?

L'art. 123, qui n'a aucun caractère impératif ou restrictif, statue en vue de la situation qui se produit le plus ordinairement. Il suppose que les héritiers présomptifs ayant pris l'initiative de la procédure en déclaration d'absence, ont obtenu l'envoi en possession provisoire. Ils se trouvent donc judiciairement saisis de la possession de tous les biens en général, et alors il leur appartient de délivrer aux autres intéressés, sur leur demande, les objets particuliers à l'égard desquels il existe des droits subordonnés au décès de l'absent.

Mais il peut arriver que les héritiers présomptifs n'aient pas agi pour obtenir l'envoi en possession, soit par indifférence, soit pour défaut d'intérêt. Ils savent, par exemple, qu'il existe un testament qui ne leur laisse rien des biens de l'absent, ou qui leur laisse fort peu de chose... Pourquoi iraient-ils dans ce cas provoquer une mesure qui ne peut

(*) Art. 123. — L. 2, § 4, D. 29, 3, *Test. quemadmodum aperiantur;* L. 1 § 5, D. 48, 10, *De lege Corn. de falsis.*

tourner à leur profit? Donc ils s'abstiendront. Mais leur abstention ne saurait paralyser ou restreindre le droit qui appartient aux autres intéressés de provoquer eux-mêmes la déclaration d'absence pour obtenir l'administration spéciale des biens qu'ils ont intérêt à conserver. D'après la décision formelle de l'art. 115, ce droit appartient à tous les intéressés. Cette solution a définitivement prévalu en doctrine et en jurisprudence (1).

421. Il faut maintenant savoir quelle est la procédure que doivent observer les intéressés dont nous parlons.

On dit assez généralement que les intéressés devront, au moyen d'une sommation, mettre les héritiers en demeure de demander l'envoi, sauf à s'adresser directement à la justice, en cas de refus ou d'inaction de la part de ces derniers. M. Laurent va plus loin : « Il convient, dit-il, que les héritiers soient mis en cause. Ils ne sont pas en possession, donc l'action ne peut pas être intentée contre eux; mais ils sont les contradicteurs légitimes de tous ceux qui réclament des droits sur les biens de l'absent. Cela résulte sinon du texte, au moins de l'esprit de la loi (2). »

Cette manière de procéder est certainement légitime et rationnelle. Mais peut-on dire qu'elle est imposée par la loi de telle manière que, si elle n'est pas observée, la demande des intéressés sera irrecevable? Evidemment non, puisqu'il n'y a pas de texte. Donc l'action qui appartient directement aux intéressés en vertu de l'art. 115, peut être portée, *de plano*, devant le tribunal compétent, sans qu'il soit indispensable d'interpeller au préalable les héritiers présomptifs. C'est le ministère public, véritable contradicteur naturel de la demande, qui aura à s'enquérir des motifs pour lesquels les héritiers présomptifs négligent ou refusent d'agir.

(1) Voy. DEMOLOMBE, *Absence*, n° 75; LAURENT, t. II, n° 165.
(2) *Ibid.*

Notre art. 123, comme l'avait déjà fait l'art. 120 pour les héritiers présomptifs, soumet les autres envoyés en possession à la nécessité de donner caution. Nous renvoyons l'examen de cette obligation à l'explication de l'art. 126.

Enfin remarquons que tous les frais occasionnés par la procédure en déclaration d'absence et d'envoi en possession exposés soit par les héritiers présomptifs soit par les autres intéressés (arg. art. 126) doivent être supportés par l'absent en cas de retour. Ces frais ont, en effet, été employés à organiser, dans l'intérêt de l'absent, l'administration générale ou spéciale de ses biens, et les envoyés ne sont en réalité que des mandataires (1).

§ 2. — Effets de la déclaration d'absence sur les contrats intéressant l'absent, spécialement sur le contrat de mariage.

422. — Des contrats de bail et de société.
423. — Contrat de mariage; régime de la communauté; droit d'option accordé au conjoint présent, art. 124.
424. — Cas où l'époux présent a opté pour la continuation de la communauté.
425. — Pouvoirs du mari dans ce cas.
426. — Pouvoirs de la femme dans le même cas.
427. — Règles communes à l'un et à l'autre; cessation de leur administration légale.
428. — Cas où l'époux présent opte pour la dissolution provisoire de la communauté.
429. — Il doit donner caution.
430. — Il n'est pas tenu de faire inventaire; il ne peut revenir sur son option.

422. L'absence déclarée et l'envoi en possession sont naturellement sans influence sur les contrats dans lesquels l'absent a été partie et qui ont produit leurs effets. Mais que dé-

(1) DEMOLOMBE, *Absence*, n° 99; LAURENT, t. II, n° 174.

cider à l'égard des contrats qui étaient encore en cours d'exécution au moment de la disparition ou des dernières nouvelles? Pour le contrat de bail, il ne saurait y avoir de difficulté; il continue de subsister malgré l'absence. Pour le contrat de société il en est de même, au moins en principe, car l'absence, même déclarée, n'est pas au nombre des causes d'extinction énumérées dans l'art. 1865. Mais les associés présents pourraient invoquer l'art. 1871 aux termes duquel la dissolution peut être demandée quand un associé manque à ses engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société, et dans d'autres cas semblables *dont la légitimité et la gravité sont laissés à l'arbitrage des juges*.

Il suit de là qu'on peut concevoir la dissolution, par application de l'art. 1871 d'une société avec une personne dont l'absence a été déclarée, et qu'il est possible de supposer aussi que l'associé présent n'a pas voulu invoquer l'art. 1871, et a préféré laisser subsister une société dont la liquidation actuelle pouvait offrir des difficultés, ou avoir lieu dans des conditions défavorables.

423. Il semble que la loi se soit placée à ce point de vue, quand elle a voulu déterminer l'influence de la déclaration d'absence sur le contrat de mariage.

Si les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens, sous le régime dotal, ou sous le régime exclusif de communauté, il n'y a pas de société entre eux, et les conventions matrimoniales sont provisoirement dissoutes.

Mais il n'en est pas ainsi quand les époux sont mariés sous le régime de la communauté soit légale, soit conventionnelle. La dissolution provisoire d'une telle société entraînerait une liquidation immédiate, peut-être inopportune. En conséquence, la loi a cru devoir accorder à l'époux présent la faculté d'opter entre la continuation de cette communauté ou sa dissolution provisoire.

ART. 124. L'époux commun en biens, s'il opte pour la continuation de la communauté, pourra empêcher l'envoi provisoire et l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, et prendre ou conserver par préférence l'administration des biens de l'absent. Si l'époux demande la dissolution provisoire de la communauté, il exercera ses reprises et tous ses droits légaux et conventionnels, à la charge de donner caution pour les choses susceptibles de restitution.

La femme, en optant pour la continuation de la communauté, conservera le droit d'y renoncer ensuite.

Tous les auteurs critiquent vivement, et non sans raison, cette disposition qui établit une différence, non justifiée, entre les conjoints mariés sous le régime de la communauté, et ceux qui sont mariés sous un autre régime (1). Il eût été préférable de déclarer dans tous les cas le contrat de mariage provisoirement dissous, et d'accorder à l'époux présent, comme l'a fait le Code civil italien (art. 26), le droit de réclamer, en cas de besoin, une pension alimentaire.

424. L'époux commun en biens peut prendre l'administration des biens de l'absent avant que les héritiers présomptifs aient obtenu l'envoi en possession provisoire; il manifeste son option en ce sens par des conclusions adressées au tribunal sous forme de requête; il peut aussi la manifester de tout autre manière. Dans ce cas le régime de la communauté, soit légale, soit conventionnelle, est provisoirement maintenu.

La conséquence naturelle d'une telle continuation de la communauté, est d'empêcher l'envoi en possession des héritiers présomptifs, et cette préférence accordée par la loi au conjoint présent sur les héritiers présomptifs se justifie d'elle-même. Mais la loi va plus loin; elle admet que la continuation de la communauté doit également avoir pour résultat d'empêcher l'exercice provisoire de tous les autres droits subordonnés au décès de l'absent. Cette solution est véritablement excessive et dépasse le but.

Pour savoir quels sont les pouvoirs de l'époux présent qui a opté pour la continuation de la communauté, il faut distin-

(1) DEMOLOMBE, *Absence*, nos 272 et 273; LAURENT, t. II, no 202.

guer entre le mari et la femme. La loi fait elle-même cette distinction en disant que l'époux présent peut *prendre* l'administration, ce qui fait allusion à la femme, ou la *conserver* ce qui fait allusion au mari.

425. Puisque le mari *conserve* l'administration qu'il avait, comme chef de la communauté, avant la disparition de la femme, il faut nécessairement reconnaître que ses pouvoirs demeurent absolument les mêmes, que par suite il peut disposer des biens de la communauté, soit à titre onéreux, soit même à titre gratuit dans les limites de l'art. 1422; et que l'aliénation par lui faite sera opposable aux héritiers de la femme, quand même il serait plus tard établi qu'en fait la communauté était dissoute à la date de l'aliénation, sauf aux héritiers à réclamer leur part du prix d'aliénation.

Mais le mari n'aura que les droits ordinaires d'un envoyé en possession provisoire à l'égard des biens personnels de la femme dont l'administration et la jouissance étaient réservées à cette dernière par une clause du contrat.

426. A l'inverse du mari, la femme présente qui opte pour la continuation de la communauté *prend* une administration qu'elle n'avait pas auparavant : elle administre en vertu de l'art. 124 et non en vertu d'un titre antérieur, aussi n'a-t-elle pas les mêmes pouvoirs que le mari, elle ne peut ni aliéner, ni hypothéquer les biens communs (1), à plus forte raison les biens propres de son mari. Mais dans les limites de l'administration, elle est libre et n'a pas besoin de l'autorisation de justice. Elle n'aurait besoin de cette autorisation que pour ester en justice et pour les actes de disposition, par exemple pour une transaction (2). De plus, comme la femme accepte la charge de l'administration dans l'intérêt du mari absent, elle ne s'engage pas pour l'avenir, et conserve tou-

(1) Locré, *Lég. civ.*, t. II, n° 25.
(2) Orléans, 22 nov. 1850, S, 51, 2, 553.

jours la faculté de renoncer à la communauté quand sa continuation viendra à cesser (art. 1453); ses héritiers et successeurs jouissent également de ce droit.

427. D'après l'art. 126 qui sera expliqué plus loin, l'époux présent ayant opté pour la continuation de la communauté, doit faire procéder à l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent, en d'autres termes de tous les biens compris dans l'administration. Mais aucune disposition de loi ne l'oblige à donner caution (1). Ces solutions, toutefois, ont soulevé quelques dissidences entre les auteurs.

Enfin nous verrons, sur l'art. 127, que la loi accorde à l'époux présent un certain droit sur les fruits perçus durant son administration.

Nous devons encore remarquer que l'époux présent, en optant pour la continuation de la communauté, ne s'engage pas pour l'avenir, et conserve la faculté d'en demander la dissolution. Ceci nous conduit à examiner comment prend fin l'administration légale ou communauté continuée.

L'administration légale cesse :

1° *Par la volonté de l'époux présent qui, après avoir opté pour la continuation de la communauté, se prononce ensuite pour sa dissolution provisoire.*

Une telle rétractation ne porte en effet atteinte à aucun droit acquis et constitue un retour au droit commun. La communauté, telle qu'elle était, au moment de la disparition de l'absent ou de ses dernières nouvelles, sera partagée provisoirement entre les héritiers présomptifs de ce dernier et l'époux présent. Un nouveau partage aura lieu s'il est ultérieurement reconnu que la communauté n'a été dissoute que plus tard. Les héritiers présomptifs seront au contraire tenus à la restitution des biens, s'il est établi que la communauté présumée dissoute ne l'était pas en réalité.

(1) LAURENT, t. II, nos 207, 209 et 210.

2° *Par le décès de l'époux présent.*

La communauté sera encore liquidée suivant son état au jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, pour être ensuite provisoirement partagée entre les héritiers de l'époux présent et les héritiers présomptifs de l'absent. Mais ce partage devra être refait sur d'autres bases, s'il est établi que l'absent vivait encore au moment du décès de son conjoint, ou qu'il est mort avant ce dernier, mais à une époque postérieure à celle de sa disparition.

3° *Par le retour de l'absent ou par la preuve acquise de son existence.*

4° *Par la preuve acquise de son décès.*

5° *Par l'envoi en possession définitif*, qui peut être obtenu trente ans après que l'époux présent a pris l'administration des biens de l'absent, ou cent ans après la naissance de ce dernier (art. 129).

428. L'époux présent qui préfère opter pour la dissolution provisoire de la communauté n'a pas besoin de manifester son intention par des conclusions adressées au tribunal. Par le seul fait de son inaction à ce point de vue, la communauté est réputée dissoute du jour de la disparition ou des dernières nouvelles, et elle doit être liquidée suivant l'état où elle se trouvait à ce moment (1).

La déclaration d'absence permet à tous ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent, de les exercer provisoirement. L'époux présent doit avoir le même droit. C'est pour cela que l'art. 124 l'autorise à exercer ses reprises et tous ses droits soit *légaux*, soit *conventionnels.*

Les droits légaux sont ceux qui dérivent de la loi sous le régime de la communauté légale. Chacun des époux reprend donc tous ses biens propres, mobiliers ou immobiliers, tant ceux dont la communauté avait la jouissance que ceux dont

(1) Douai, 13 janv. 1865, S. 66, 2, 61.

elle ne jouissait pas ; il prend encore le prix de ceux qui ont été aliénés, et dont il n'a été fait remploi, les indemnités ou récompenses que lui doit la communauté, et enfin sa part dans la communauté, sauf pour la femme le droit d'y renoncer (art. 1470 et 1474) et de profiter, durant le délai qui lui est imparti pour se prononcer, des avantages que lui assure l'art. 1465.

Les droits conventionnels sont ceux qui dérivent du contrat de mariage; tels sont :

Le préciput (art. 1515);

L'exclusion du mobilier de la communauté (art. 1500 et 1498);

La reprise du mobilier par la femme en cas de renonciation ;

Les donations faites par l'un des époux à l'autre.

429. L'époux présent qui opte pour la dissolution de la communauté, et qui est en conséquence envoyé provisoirement en possession des objets sur lesquels portent ses droits légaux et conventionnels, n'est qu'un administrateur de ces objets, il doit donc en cette qualité donner caution, mais seulement, comme le dit l'art. 124, *pour les choses susceptibles de restitution.*

Les cas dans lesquels le mari peut être tenu d'opérer une restitution sont naturellement plus rares que ceux dans lesquels une telle obligation est imposée à la femme.

Ainsi à l'égard du mari, l'obligation éventuelle de restitution comprend :

1° Les biens qu'il prend en qualité de légataire de sa femme ou de donataire de celle-ci sous condition de survie. Ses héritiers devront en effet les restituer, s'il est prouvé plus tard que la femme vivait encore quand il est décédé ; sur ce point tout le monde est d'accord ;

2° Suivant une opinion contestée, la part qu'il prend dans la communauté, mais seulement pour le cas où il serait

établi que la femme est décédée à une époque postérieure à celle de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, et qu'à l'époque du décès le mari avait encore en sa possession les biens de la communauté (1). Dans ce cas il pourrait y avoir nécessité de refaire le partage sur des bases nouvelles impliquant une restitution à effectuer par le mari.

A l'égard de la femme l'obligation de restitution comprend :

1° Sa part dans la communauté ;

2° Ses gains de survie ;

3° Ceux de ses biens propres qui sont entrés dans la communauté quant à la jouissance.

La caution sera reçue par le tribunal en présence du procureur de la République (art. 114, C. C.).

430. On agite la question de savoir si l'époux présent qui opte pour la dissolution de la communauté est tenu de faire inventaire. Malgré tous les raisonnements qu'on peut faire, la négative est certaine en présence des termes de l'art. 126 qui n'impose une telle nécessité qu'à l'époux qui a opté pour la continuation de la communauté (2).

Mais cependant, dit M. Demolombe, « l'inventaire du mobilier susceptible de restitution, n'est-il pas en quelque sorte plus nécessaire encore que la caution elle-même ! Car enfin, pour savoir ce que l'époux présent devra restituer, il faut bien qu'on sache ce qu'il a reçu (3) ! »

Il est facile de répondre à l'objection ; il semble même que la difficulté soulevée n'existe pas. L'art. 126 n'a pas voulu dispenser l'époux présent qui opte pour la dissolution de la communauté de toute espèce d'inventaire destiné à faire connaître ce qu'il a reçu, mais seulement de l'inventaire dont il

(1) Demolombe, *Absence*, n° 300.
(2) Laurent, t. II, n° 216.
(3) *Absence*, n° 297.

trace les règles et qui doit être fait en présence du procureur de la République ou d'un juge de paix requis par ce dernier. Or, quand une personne mise en possession de plusieurs choses est obligée de donner caution seulement pour celles de ces choses à la restitution desquelles elle peut être tenue, il faut nécessairement, pour déterminer l'importance du cautionnement, faire état de ces choses et de leur valeur. Si un accord amiable intervient sur le montant du cautionnement entre ceux qui ont droit de l'exiger et celui qui le doit, il n'y aura pas de difficulté. Si au contraire il y a nécessité de faire recevoir la caution par le tribunal, en présence du procureur de la République, le jugement à intervenir devant limiter l'engagement de la caution *aux choses susceptibles de restitution*, et étant tenu de motiver et de justifier le chiffre par lui adopté, devra nécessairement indiquer *les choses sujettes à restitution* ainsi que leur valeur, ce qui revient à dire qu'il contient implicitement un inventaire suffisant au but qu'il s'agit d'atteindre. L'art. 126 a donc bien fait de dispenser implicitement l'époux présent qui a opté pour la dissolution de la communauté d'un inventaire spécial et superflu.

L'époux présent a droit aux fruits dans la proportion établie par l'art. 127 ci-après expliqué. Il ne peut revenir sur la détermination qu'il a prise et demander la continuation de la communauté. En optant pour la dissolution provisoire, il a fait naître au profit des héritiers présomptifs de son conjoint, des droits qu'il ne saurait leur enlever.

§ 3. — Droits et obligations des envoyés en possession provisoire.

431. — Les envoyés en possession doivent donner caution.
432. — Ils doivent faire inventaire ; vente du mobilier, art. 126.
433. — Autres obligations des envoyés en possession.
434. — Caractère de la possession provisoire, art. 125; pouvoirs des envoyés en possession, art. 134.

435. — De l'aliénation des meubles dont le tribunal n'a pas ordonné la vente.
436. — Prohibition d'aliéner les immeubles, art. 128.
437. — Les envoyés sont, entre eux, co-administrateurs et non cohéritiers.
438. — Ils ont la même qualité à l'égard des tiers.
439. — Paiement provisoire des droits de mutation.
440. — Les envoyés en possession sont rémunérés sur les fruits, art. 127.
441. — Cessation de la possession provisoire.

431. Les divers envoyés en possession, soit au titre d'héritiers présomptifs, soit comme investis de droits subordonnés au décès de l'absent, sont soumis à la nécessité de donner caution (art. 120 et 123). Cette caution étant imposée par la loi est soumise aux conditions exigées par les art. 2018, 2019, 2040, C. C. Mais comme elle est uniquement exigée dans l'intérêt de l'absent, les débiteurs de ce dernier poursuivis par les envoyés en possession ne sauraient en opposer l'insuffisance (1).

Les envoyés en possession ne sont tenus de fournir caution que lorsqu'ils veulent entrer en jouissance des biens de l'absent, et non quand il s'agit seulement de procéder aux opérations préalables ayant pour but de déterminer la nature des biens (2) et leur importance (3).

Il est admis que l'obligation de présenter une caution cesse :

1° Quand les envoyés donnent à sa place un gage en nantissement suffisant (arg. art. 2041), ou bien une garantie hypothécaire ;

2° Quand les demandeurs consentent à transformer les valeurs mobilières composant toute la succession, en rentes sur l'État immatriculées au nom de l'absent et des envoyés

(1) Limoges, 27 déc. 1847, S. 48. 3, 528.
(2) Bourges, 26 avril 1843, S. 44, 2, 23.
(3) Douai, 13 janv. 1865, S. 66, 2, 61.

en possession, de manière que les droits réservés à l'absent qui reparaît puissent être utilement exercés (1).

S'il est impossible aux envoyés en possession de trouver une caution, ils ne remplissent pas la condition nécessaire pour qu'ils puissent obtenir une administration organisée dans l'intérêt de l'absent. Il y aura donc lieu de maintenir les mesures prescrites durant la période de la présomption d'absence, jusqu'à ce qu'il se présente un autre héritier qui fournisse caution (2).

La réception de la caution a lieu par le tribunal, en présence du ministère public, conformément aux art. 517 et suiv., C. pr. c.

432. L'obligation de fournir caution devait avoir pour corollaire celle de faire inventaire :

ART. 126. Ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire, ou l'époux qui aura opté pour la continuation de la communauté, devront faire procéder à l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent, en présence du procureur de la République près le tribunal de première instance, ou d'un juge de paix requis par ledit procureur de la République.

Le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, de vendre tout ou partie du mobilier. Dans le cas de vente, il sera fait emploi du prix, ainsi que des fruits échus.

Ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire pourront requérir, pour leur sûreté, qu'il soit procédé, par un expert nommé par le tribunal, à la visite des immeubles, à l'effet d'en constater l'état. Son rapport sera homologué en présence du procureur de la République; les frais en seront pris sur les biens de l'absent (*).

Le tribunal se déterminera par l'intérêt de l'absent pour décider s'il y a lieu de vendre *tout* ou *partie* seulement du mobilier de l'absent, et dans ce dernier cas quels sont les objets mobiliers qui doivent être vendus et ceux qui ne le seront pas. La vente aura lieu à l'amiable ou aux enchères publiques, suivant que le jugement l'aura décidé. Quand les

(*) Art. 126. — *Vid.* L. 7, D. 26, 7, *De admin. et peric. tut.*

(1) Trib. Seine, 4 janvier 1845; 20 avril et 20 juin 1852; 23 avril 1853, BERTIN, *Chamb. du Cons.*, t. II, 303, 361.

(2) LAURENT, t. II, n° 171.

juges décideront que la vente pourra avoir lieu à l'amiable il est rationnel qu'ils indiquent le délai dans lequel il devra y être procédé. Mais comme ils pourraient ne pas ordonner la vente du tout, il faut aussi leur reconnaître la faculté de ne point fixer un délai, et de s'en rapporter à cet égard à l'appréciation de l'envoyé en possession qui choisira le moment le plus opportun.

Mais que deviendra le mobilier dont le tribunal n'aura pas ordonné la vente? Les envoyés le conserveront en nature, sans être soumis à une indemnité à raison de l'usage qu'ils feraient des objets qui le composent, lesquels ne sont pas en général frugifères (1). Ces objets auront été estimés, et les envoyés en possession devront l'estimation de ceux qu'ils ne représenteront pas.

Cependant, si ces objets étaient frugifères par leur destination, par exemple si l'absent les avait distribués dans une maison devant être louée *meublée*, l'envoyé en possession qui habiterait lui-même la maison, devrait, dans la limite des fruits qu'il est obligé de restituer, une indemnité calculée sur le loyer dû pour une maison meublée, et non pour une maison vide (2).

Nous examinerons sous l'art. 128 si l'envoyé pourrait valablement aliéner les objets dont le tribunal n'a pas ordonné la vente.

433. Il est tenu de faire emploi du prix des meubles vendus, du montant des créances recouvrées, des intérêts produits par les créances non recouvrées et des fruits échus. Mais la loi n'indique ni le délai, ni le mode suivant lequel cet emploi devra être fait; il ne serait donc pas possible de faire supporter aux envoyés, à partir d'un moment quelconque, l'intérêt des sommes non employées, tant qu'ils n'ont pas affecté ces sommes à leurs besoins personnels.

(1) Demolombe, *Absence*, n° 95 *bis*.
(2) Comp. Demante, t. I, n° 155, *bis* II.

Quant à la visite des immeubles, c'est une mesure purement facultative ayant pour objet d'éviter les contestations qui pourraient s'élever sur l'état dans lequel ces biens se trouvaient au moment de la prise de possession. Il est certain en effet, malgré les efforts tentés pour accréditer une opinion différente, que l'on ne saurait, sous prétexte d'une analogie qui n'existe pas avec le cas prévu par l'art. 1731, admettre que, faute d'avoir fait dresser un état des immeubles, les envoyés sont présumés les avoir reçus en bon état.

Les frais nécessités par la constatation de l'état des immeubles sont à la charge de l'absent ; à plus forte raison doit-il en être ainsi des frais occasionnés par les autres mesures prises principalement dans l'intérêt de l'absent.

434. Les divers éléments du patrimoine de l'absent sont donnés en garde aux envoyés en possession qui de plus sont chargés de les administrer.

La possession provisoire ainsi établie dans l'intérêt de l'absent, peut être appelée un dépôt, quoique l'expression soit juridiquement inexacte.

ART. 125. La possession provisoire ne sera qu'un dépôt qui donnera, à ceux qui l'obtiendront, l'administration des biens de l'absent, et qui les rendra comptables envers lui, en cas qu'il reparaisse ou qu'on ait de ses nouvelles.

Les envoyés en possession pourront donc valablement procéder à tous les actes d'administration, c'est-à-dire :

1° *Faire tous actes conservatoires*, par conséquent entretenir les biens, faire toutes réparations, interrompre les prescriptions, recouvrer les capitaux et créances, encaisser même le montant de celles dont ils seraient débiteurs, se payer s'ils sont créanciers, d'où il suit que la prescription ne peut courir au profit des envoyés contre l'absent, ni au profit de l'absent contre les envoyés.

2° *Passer les baux;* en l'absence d'un texte spécial, il est juridique d'admettre que les envoyés doivent se conformer aux règles prescrites par les art. 1429 et 1430 qui sont l'expres-

sion des principes généraux sur la matière, voy. art. 481, 595, 1718 (1). Mais il faut noter que cette même absence d'un texte spécial a déterminé certains auteurs, et même la Cour de cassation (2), à affranchir les envoyés de la règle générale résultant des articles précités, et à leur reconnaître le pouvoir de passer tous les baux, quelle que soit leur durée.

3° *Placer les capitaux de l'absent.*

4° *Défendre à toutes les actions intentées contre lui;* en effet :

ART. 134. Après le jugement de déclaration d'absence, toute personne qui aurait des droits à exercer contre l'absent, ne pourra les poursuivre que contre ceux qui auront été envoyés en possession des biens, ou qui en auront l'administration légale.

5° *Intenter les actions mobilières* appartenant à l'absent, ainsi que les actions possessoires (3) ;

6° *Intenter l'action en partage* qui appartiendrait à l'absent (art. 817).

Mais par cela même que l'art. 817 accorde aux envoyés en possession la faculté d'intenter l'action en partage qui ne peut compromettre aucun intérêt, il n'est pas permis d'en étendre la disposition aux actions immobilières en général (4).

7° *Faire les traités ayant pour objet la réparation des bâtiments* (5).

8° *Aliéner les meubles dont le tribunal n'a pas ordonné la vente*, dans tous les cas où une telle aliénation constituerait un acte d'administration. Mais ce point est fortement controversé.

435. Pour la solution de la difficulté, nous croyons qu'il faut écarter du débat l'art. 120 qui dispose pour le début de l'entrée en possession, sans s'occuper de ce qui pourra survenir dans

(1) LAURENT, t. II, n° 176.
(2) Cass. 7 fév. 1865, S. 65, 1, 57.
(3) MOLITOR, *Possession*, n°s 124 et 125.
(4) AUBRY et RAU, t. I, § 153, note 16.
(5) *Ibid.*, texte et note 11.

la suite, et l'art. 128 qui statue seulement pour les immeubles, sans rien préjuger quant aux meubles. La seule question est de savoir si l'aliénation d'un objet mobilier peut, dans certains cas, constituer un acte d'administration.

M. Laurent soutient qu'il n'y a pas de texte qui donne formellement à un administrateur, en cette qualité, le droit d'aliéner, même quand l'aliénation est un acte nécessaire et de conservation, et qu'il résulte de l'art. 544 que le propriétaire seul a le pouvoir d'aliéner sa chose (1). Mais l'administrateur est un mandataire du propriétaire, et il s'agit de savoir si le pouvoir d'aliéner un meuble, en cas de nécessité, rentre dans son mandat. Or, il semble bien qu'il en soit ainsi : l'envoyé en possession ne répond pas de la perte ni des détériorations provenant de la vétusté; il ne répond pas davantage de celles qui résultent du seul fait de l'usage, sans qu'il y ait d'ailleurs aucune faute, ni aucun abus à lui imputer. L'usage normal d'un objet mobilier, d'un cheval, par exemple, peut arriver à en détruire complétement la valeur. Un administrateur de la chose d'autrui excède-t-il les limites de son mandat lorsque, dans l'intérêt du propriétaire, il vend cette chose avant que sa valeur ait totalement disparu? Evidemment non; et un texte formel n'est pas nécessaire pour admettre une solution qui est contenue dans la notion même du fait juridique qui s'appelle *administrer* la chose d'autrui; administrer c'est employer son ministère à retirer d'une chose toute l'utilité que le propriétaire supposé diligent et prudent en eût retiré lui-même.

Donc, si l'envoyé en possession a vendu un objet mobilier dans des circonstances où cette aliénation peut être considérée comme un acte d'administration, l'absent étant de retour devra respecter la vente, puisqu'il a été partie au contrat, et le vendeur ni l'acheteur ne pourront en demander la

(1) T. II, n° 179.

nullité, puisqu'on ne se trouvera pas dans un cas de vente de la chose d'autrui.

Cette solution doit être étendue aux meubles incorporels. Ainsi, lorsque les circonstances sont de nature à faire craindre pour la solvabilité d'un débiteur de l'absent, à l'époque de l'échéance de sa dette, l'envoyé en possession agira comme un bon administrateur en cédant la créance (1), sans attendre l'exigibilité, c'est-à-dire dans des conditions où la garantie du cédant n'est pas engagée.

De tout ce qui précède, il suit que les envoyés en possession ont également le pouvoir de transiger, d'acquiescer et même de compromettre en matière mobilière, en tant que ces actes peuvent être compris dans les limites d'une large administration (2).

436. Mais l'autorisation de la justice serait nécessaire pour l'acceptation ou la répudiation d'une succession échue à l'absent avant sa disparition ou ses dernières nouvelles, de tels actes ne rentrant pas, évidemment, dans les pouvoirs d'un administrateur. Les considérations ci-dessus développées ne peuvent s'appliquer aux immeubles dont la conservation semble toujours possible. La règle, à leur égard, devait donc être différente.

ART. 128. Tous ceux qui ne jouiront qu'en vertu de l'envoi provisoire, ne pourront aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent (*).

Mais s'il y a nécessité ou avantage évident pour l'absent, les tribunaux pourraient-ils dans le silence de la loi, autoriser les envoyés à procéder à une aliénation d'immeubles ?

L'affirmative, admise sans difficulté par les auteurs, paraît justifiée par l'art. 2126, C. C., aux termes duquel : les biens

(*) Art. 128. — Arg. L. 54, D. 50, 17, *De regulis juris;* L. 31, D. 20, 1, *De pign. et hyp.*

(1) Bordeaux, 24 nov. 1845, S. 46, 2, 376.

(2) AUBRY et RAU, t. I, § 153, texte et note 9.

des absents, tant que la possession n'en est déférée que provisoirement, ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi, ou en vertu de jugements. Donc l'hypothèque d'un bien d'absent est possible, et par conséquent toute autre aliénation (art. 2124).

La difficulté peut d'ailleurs être réduite à une question de procédure :

Il est en effet certain que le tribunal, durant la période de la présomption d'absence, pourrait en vertu de l'art. 112 autoriser la vente des immeubles (1). Or, les héritiers présomptifs peuvent conclure à ce qu'il plaise au tribunal : « Déclarer l'absence, ordonner avant faire droit l'enquête nécessaire, et puisqu'on se trouve dans la période d'absence provisoire, autoriser d'ores et déjà la vente des immeubles ou de certains immeubles, attendu qu'un long délai devra s'écouler avant que l'absence puisse être déclarée. »

Le tribunal pourrait faire droit immédiatement à ces conclusions qui sont recevables ; il n'y a pas de texte qui s'y oppose. Mais il pourrait aussi surseoir à statuer sur les conclusions secondaires jusqu'au jugement à rendre sur le fond.

Donc, en rendant ce jugement, il pourrait autoriser la vente des immeubles. Ce qu'il pourrait faire alors, il doit pouvoir le faire plus tard, quand les circonstances feront apparaître l'intérêt à obtenir une telle autorisation.

Les aliénations que les envoyés consentiraient sans l'autorisation de justice ne seraient pas opposables à l'absent qui pourrait agir en revendication contre le tiers détenteur. L'acheteur pourrait demander la nullité de la vente, comme ayant porté sur la chose d'autrui, et même le vendeur selon certaines opinions qui seront examinées à propos de la vente de la chose d'autrui (art. 1599).

(1) LAURENT, t. II, nº 181.

Telle est l'etendue des pouvoirs appartenant aux envoyés provisoires en ce qui concerne les biens de l'absent.

437. Dans les rapports qui vont s'établir ente eux, les envoyés doivent être traités non comme des cohéritiers au profit desquels une succession se serait ouverte, même provisoirement, mais comme des co-administrateurs.

Les envoyés en possession sont simplement appelés par la loi à exercer une administration, qui pourra être collective, qui pourra aussi être divisée quant aux biens envisagés séparément. Il n'y a donc entre eux aucune sorte d'indivision, ni quant à la propriété ni quant à la jouissance. La Cour d'Orléans, dans un arrêt inspiré par les vrais principes, a reconnu que l'art. 129, qui interdit le partage des biens de l'absent avant le jour de l'envoi définitif, ne faisant aucune distinction, s'applique aussi bien à la jouissance de ces biens qu'à leur propriété ; d'où il résulte que les envoyés en possession provisoire ne peuvent demander en justice la licitation de la jouissance des immeubles de l'absent, et que s'il survient un désaccord entre eux sur une partie ou même sur l'ensemble de l'administration que la loi leur confie, c'est aux tribunaux seuls qu'il appartient d'y pourvoir (1).

Il n'y a point de succession ouverte, même fictivement; tel est le point de vue qui a été méconnu par les auteurs qui admettent la possibilité d'un partage de jouissance. La méconnaissance de ce point de vue les a entraînés à valider les conventions faites par les envoyés sur la succession de l'absent (2) contrairement à une règle dont l'application à l'hypothèse semble s'imposer (3) ; elle les a entraînés encore à

(1) 1er déc. 1859, S. 60, 2, 562; D. 60, 2, 160; conf. Laurent, t. II, nos 128 et 196; *contrà*, Demol., *loc. cit.*, n° 128; Aubry et Rau, t. I, § 153; comp. Bordeaux, 23 avril 1856, S. 57, 2, 27; D. 56, 2, 202.

(2) Voy. Cass. 14 août 1871, S. 71, 1, 101 ; Demol., *loc. cit.*, n° 130.

(3) Laurent, *loc. cit.*, n° 186.

décider que les envoyés en possession provisoire pouvaient se contraindre réciproquement au rapport des avantages faits par l'absent, sans clause de préciput, à l'un ou à l'autre d'entre eux (1). Or, les biens donnés par l'absent étaient, par rapport à lui, définitivement sortis du patrimoine, il n'y a donc pas à se préoccuper de leur administration. L'équité qu'on invoque, sans motifs d'ailleurs puisque le rapport se fera plus tard, ne saurait servir de prétexte à une violation manifeste de la loi (2).

438. Dans leurs rapports avec les tiers, les envoyés provisoires n'ont-ils encore que la qualité d'administrateurs, ou faut-il au contraire les considérer comme des héritiers? On a soutenu, et quelquefois jugé, que la déclaration d'absence a pour effet d'ouvrir, à l'égard des tiers, la succession de l'absent, sous la condition résolutoire de son retour, ou de la preuve de son décès, et par conséquent d'attribuer aux envoyés la qualité d'héritiers ou de propriétaires; de telle sorte que, si l'absent reparaît ou s'il est prouvé que son décès a eu lieu à une époque où les envoyés n'étaient pas héritiers, ceux-ci, même à l'égard des tiers, n'auraient été que de simples administrateurs, par suite de l'effet rétroactif de la condition résolutoire (3).

Cette application à notre matière des règles de la condition résolutoire, laquelle constitue un élément conventionnel, est véritablement injustifiable. On ne pourrait traiter les envoyés provisoires, dans leurs rapports avec les tiers, comme des héritiers, que si la loi admettait une présomption d'après laquelle l'absent serait réputé mort au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. Or, comme le dit la Cour de cassation, cette prétendue présomption légale n'est écrite

(1) Demol., *loc. cit.*, n° 132.
(2) Voy. Laurent, *loc. cit.*, n° 129.
(3) Voy. Aubry et Rau, t. I, § 153, Demol., *loc. cit.*, n° 134.

nulle part : l'absent n'est légalement réputé ni mort ni vivant (1) : sa succession, par conséquent, ne peut être considérée comme ouverte ; de là il suit :

1° Que les envoyés en possession n'ont pas l'action en réduction contre les donataires de l'absent (2) ; mais ils pourraient faire réduire les libéralités excessives faites par testament, car les légataires qui en demandent l'exécution demandent seulement à être placés dans la situation où les aurait mis le décès de l'absent (3).

2° Qu'ils doivent payer les dettes de l'absent, mais seulement comme administrateurs, et par conséquent sur les biens de ce dernier, sans qu'il soit nécessaire d'invoquer des raisons d'analogie, qui n'existent pas, avec la situation de l'héritier bénéficiaire (4).

3° Que la prescription pouvant courir contre toute personne non exceptée (art. 2251), court contre l'absent lui-même, seul en cause dans les questions de prescription, et non contre les envoyés qualifiés par la loi *administrateurs* et *dépositaires* (5).

Dans la doctrine qui considère l'envoi en possession comme une ouverture provisoire de l'hérédité, la situation est plus compliquée :

Tant que dure l'absence, ou si l'absent ne reparaît pas, c'est eu égard à la personne des envoyés que les questions de prescriptions doivent être réglées ;

Si l'absent reparaît, c'est eu égard à la personne de l'absent lui-même que ces mêmes questions devront être appréciées.

(1) Cass. 29 janv. 1879, S. 79, 1, 159 ; Caen, 24 fév. 1872, S. 72, 2, 241.

(2) *Ibid.*

(3) Aubry et Rau, t. I, § 153.

(4) Laurent, t. II, n° 131.

(5) Laurent, t. II, n° 189.

Mais en attendant, si l'absent est mineur ou interdit, le tribunal pourra ordonner à cet égard des mesures conservatoires (1); c'est du pur arbitraire.

439. Puisque la succession de l'absent n'est pas ouverte par l'envoi en possession provisoire, les envoyés ne devraient pas être soumis au paiement des droits de mutation par décès. Mais en droit fiscal il y a nécessité de tenir compte des situations apparentes. En conséquence une loi du 28 avril 1816 porte, art. 40 : « Les héritiers, légataires et tous autres appelés à exercer des droits subordonnés au décès d'un individu dont l'absence est déclarée, sont tenus de faire, dans les six mois du jour de l'envoi en possession provisoire, la déclaration à laquelle ils seraient tenus s'ils étaient appelés par l'effet de la mort, et d'acquitter les droits sur la valeur entière des biens ou droits qu'ils recueillent. En cas de retour de l'absent, les droits payés seront restitués, sous la seule déduction de celui auquel aura donné lieu la jouissance des héritiers. »

440. Les envoyés en possession provisoire et le conjoint qui a opté pour la continuation de la communauté, sont des administrateurs rémunérés. Le meilleur mode de rémunération consiste à leur attribuer une certaine part dans les revenus produits par les biens compris dans l'envoi en possession. Ce procédé profite à l'absent, puisque les envoyés sont ainsi intéressés à faire produire aux biens la plus grande somme normale de revenus. Cette attribution de fruits ou revenus a été faite par la loi de la manière suivante :

ART. 127. Ceux qui, par suite de l'envoi provisoire, ou de l'administration légale, auront joui des biens de l'absent, ne seront tenus de lui rendre que le cinquième des revenus, s'il reparaît avant quinze ans révolus depuis le jour de sa disparition; et le dixième, s'il ne reparaît qu'après les quinze ans.

Après trente ans d'absence, la totalité des revenus leur appartiendra (*).

(*) Art. 127. — Arg. L. 54, D. 50, 17, *De regulis juris*.

(1) DEMOL., *loc. cit.*, n° 139; AUBRY et RAU, t. I, p. 611, note 28, etc.

Il s'agit du revenu net, c'est-à-dire déduction faite des dépenses qui doivent être acquittées avec les fruits, telles que : intérêts, arrérages de rentes, impôts ordinaires, réparations d'entretien, dont les envoyés doivent supporter leur part proportionnelle.

C'est la pensée de rémunérer les envoyés en possession qui a déterminé le législateur à adopter le principe d'une attribution de fruits en leur faveur. Mais le *mode* et la *quotité* de cette attribution ont été ensuite influencés par la situation particulière des envoyés.

D'abord en ce qui touche le *mode d'attribution*, il faut remarquer que la loi le rattache à la *perception réelle* des revenus; c'est ce qui résulte de l'expression *rendre* employée dans le texte.

En ce qui touche la *quotité*, la loi l'a proportionnée à la durée de l'absence, et non à celle de la gestion.

Ces deux règles ont pour motif la considération suivante : plus l'absence a duré, et plus les envoyés sont portés à considérer les fruits réellement perçus comme ne devant pas être restitués; donc ils les consomment, et l'obligation de les restituer après consommation serait excessive.

Mais c'est la perception effective des revenus qui peut seule faire naître chez les envoyés cet espoir de les conserver dont la loi a voulu tenir compte.

Donc : si l'absent reparaît quelques jours avant la récolte, les envoyés n'ont aucun droit sur cette récolte *non perçue;* ils ne peuvent obtenir qne les frais de labour et de semence.

Donc encore les fruits civils, quoique étant réputés acquis jour par jour (art. 586, C. C.), appartiendront en entier à l'absent si les débiteurs ne se sont pas encore libérés (1).

Enfin, la disposition de l'art. 127 ne s'applique pas aux fruits perçus avant la déclaration d'absence, lesquels, étant

(1) Cass. 30 juin 1840, S. 40, 1, 884; voy. Demol., *Absence*, n° 123.

attribués aux envoyés comme capital, sont restituables en totalité.

De ce que la quotité des fruits attribués aux envoyés dépend de la durée de l'absence, il suit que si, par l'effet d'une circonstance quelconque, l'envoi provisoire n'est prononcé que quinze ans après la disparition, les envoyés dès le premier jour de leur entrée en possession ne seront tenus que de la restitution du dixième.

Il suit encore du même point de vue, que les trente ans d'absence après lesquels les envoyés sont dispensés de toute restitution de fruits doivent être comptés du jour de la déclaration d'absence, et non du jour de la disparition (1).

Mais de ce que le principe juridique de l'attribution des fruits réside dans l'administration obtenue et exercée par les envoyés, il suit que l'art. 127, quoique ne prévoyant textuellement que l'hypothèse du retour de l'absent, doit encore être appliqué dans tous les cas où les envoyés sont obligés de restituer les biens ; par exemple, quand survient un parent à un degré plus rapproché qui réclame pour lui l'envoi en possession, ou lorsqu'on apprend que l'absent est décédé à une époque où les envoyés provisoires n'étaient pas ses véritables héritiers.

441. La possession provisoire cesse :

1° *Par le décès prouvé de l'absent;* c'est ce qui résulte de l'article suivant :

ART. 130. La succession de l'absent sera ouverte du jour de son décès prouvé, au profit des héritiers les plus proches à cette époque ; et ceux qui auraient joui des biens de l'absent, seront tenus de les restituer, sous la réserve des fruits par eux acquis en vertu de l'art. 127 (*).

L'action en restitution qui appartient dans cette hypothèse aux héritiers de l'absent contre les envoyés en possession,

(*) Art. 130. — L. 133, D. 50, 17, *De reg. juris;* L. 193, 194, *eod.;* L. 30, D. 4, 6, *Ex quibus causis.*

(1) DEMOL., *loc. cit.*, n° 125; LAURENT, *loc. cit.*, n° 191.

n'est pas, comme on le dit souvent par erreur, une *action en pétition d'hérédité*. L'action en pétition d'hérédité est en effet celle par laquelle l'héritier poursuit son droit sur la succession considérée comme *universitas*, à l'encontre d'un défendeur qui possède les choses héréditaires soit *pro hærede* soit *pro possessore*. Or, dans notre hypothèse, le défendeur, c'est-à-dire l'envoyé, ne possède ni *pro hærede*, ni *pro possessore*, c'est un détenteur précaire que la loi qualifie *administrateur* ou *dépositaire*, tenu à ce titre de restituer, comme le dit le texte, certains objets qu'il a pris en charge dans l'inventaire dressé en vertu de l'art. 126, ainsi que les immeubles sur lesquels a porté l'envoi en possession. La circonstance que les héritiers doivent, le cas échéant, justifier de leur qualité, ne donne pas à leur action le caractère d'une pétition d'hérédité; il en résulte seulement qu'ils font valoir un droit héréditaire, et que par conséquent leur action sera éteinte s'ils n'agissent pas dans les trente ans à partir de l'ouverture de la succession (1). Il n'y a donc pas lieu de faire intervenir dans la question les règles de la prescription acquisitive comme le font certains auteurs (2).

2° *Par le retour de l'absent ou la réception de ses nouvelles :*

ART. 131. Si l'absent reparaît, ou si son existence est prouvée pendant l'envoi provisoire, les effets du jugement qui aura déclaré l'absence cesseront; sans préjudice, s'il y a lieu, des mesures conservatoires prescrites au chapitre Ier du présent titre, pour l'administration de ses biens.

En cas de retour de l'absent, les envoyés doivent lui restituer sans délai tous les biens compris dans l'envoi en possession, augmentés, s'il y a lieu, de la portion des revenus déterminée par l'art. 127.

En cas de preuve de son existence par suite de nouvelles reçues, l'envoi en possession prendra fin, mais il pourra y avoir lieu d'appliquer les art. 112 et 113. S'il s'écoulait un

(1) Comp. LAURENT, t. II, n° 244.
(2) Voy. MOURLON, *Rép.*, t. Ier, n° 478; DEMOL., *Abs.*, n° 193.

nouveau délai de quatre ans à partir des dernières nouvelles sans que le non-présent donnât de nouveau signe de vie, on retomberait dans l'hypothèse prévue par l'art. 115, et une nouvelle déclaration d'absence pourrait être provoquée.

3° *Par un nouvel envoi en possession prononcé en faveur de personnes préférables aux premiers envoyés.*

Dans ce cas les envoyés évincés seraient tenus de restituer aux autres la part de fruits qu'ils auraient dû restituer à l'absent lui-même s'il se fût alors représenté (1).

L'action par laquelle les demandeurs ont agi dans une telle hypothèse, est absolument la même que celle par laquelle ils auraient pu provoquer eux-mêmes la déclaration d'absence, si d'autres n'avaient pas déjà pris l'initiative de cette mesure, et obtenu pour eux l'envoi en possession. C'est en d'autres termes l'action ordinaire tendant à la déclaration d'absence et à l'envoi en possession provisoire, fondée sur l'art. 120. Ce n'est pas du tout une action dirigée contre ceux qui ont, les premiers, obtenu l'envoi en possession. Le jugement d'envoi en possession déjà rendu n'a pas besoin d'être attaqué par la voie de la tierce-opposition, car il n'a pas l'autorité de la chose jugée et le tribunal n'a pas à s'y arrêter (2). Par conséquent, ceux qui prétendent avoir droit à la possession provisoire, s'adresseront, en la forme ordinaire, au tribunal compétent, comme si le jugement déjà rendu n'existait pas, et concluront à ce que, vu leur degré de parenté avec la personne déclarée absente, ils soient chargés de l'administration de ses biens, nonobstant le jugement déjà rendu au profit d'autres parents plus éloignés. Les premiers envoyés pourront être mis en cause pour régulariser la situation.

Certains auteurs ont vu la chose d'une autre manière. Après avoir considéré comme étant une *action en pétition*

(1) Voy. Demol., *loc. cit.*, n° 188.
(2) Cass. 3 déc. 1834, S. 35, 1, 230.

de l'hérédité, la demande adressée aux envoyés par les héritiers de l'absent dont le décès est prouvé, ils ont qualifié l'action dont nous venons de parler : *action en pétition de la possession de l'hérédité*. Pour apprécier cette dénomination *descriptive*, il suffit de faire remarquer : 1° que les premiers envoyés n'ayant jamais demandé et obtenu que l'administration provisoire des biens, ne possèdent pas l'hérédité ; 2° que les demandeurs ne réclament que cette même administration, et la réclament seulement au tribunal et non aux premiers envoyés.

§ 4. — Envoi en possession définitif.

442. — Quand l'envoi définitif peut-il être obtenu? art. 129.
443. — Caractère et effet de l'envoi définitif.
444. — Droits de l'absent à son retour, art. 132.
445. — Cessation de l'absence; droits des héritiers et descendants de l'absent, art. 133.

442.

ART. 129. Si l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi provisoire, ou depuis l'époque à laquelle l'époux commun aura pris l'administration des biens de l'absent, ou s'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent, les cautions seront déchargées; tous les ayants-droit pourront demander le partage des biens de l'absent, et faire prononcer l'envoi en possession définitif par le tribunal de première instance (*).

Il convient d'observer tout d'abord que l'envoi définitif ne peut être réclamé qu'après 35 ans ou 41 ans depuis la disparition. En effet, depuis l'art. 115, la déclaration d'absence ne peut être provoquée qu'après un délai de quatre années depuis les dernières nouvelles, ou bien qu'après un délai de 10 années, d'après l'art. 121, si l'intéressé a laissé une procuration. Or, d'après l'art. 119, le jugement déclaratif d'absence ne peut être rendu qu'un an après, c'est-à-dire au moins après cinq ans ou onze ans. Or, il faut que la posses-

(*) Art. 129. — L. 8, D. 33, 2, *De usuf. et usu leg.;* L. 56, D. 7, 1, *De usuf. et quemadm.;* L. 3, C. 1, 2, *De sacrosanct.*

sion provisoire ait duré trente ans, pour qu'elle puisse être transformée en possession définitive ; donc on ne peut obtenir cette possession définitive qu'après 35 ans ou 41 ans, à moins toutefois qu'il se soit écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent.

Dans ce dernier cas, il n'est pas nécessaire que l'envoi en possession provisoire ait été préalablement obtenu. Les *ayants-droit*, c'est-à-dire les personnes qui avaient le droit de se faire envoyer en possession provisoire peuvent donc conclure, *de plano*, à la déclaration d'absence et à l'envoi définitif qui sera prononcé par le même jugement rendu, s'il y a lieu, après enquête.

443. Cet envoi définitif se traduit par un régime de propriété révocable, organisé de manière à donner satisfaction à l'intérêt public demandant que les biens de l'absent rentrent dans le commerce, tout en réservant à l'absent le droit, s'il reparaît, de reprendre ses biens dans l'état où ils seront.

Mais en attendant que cet envoi définitif soit prononcé, et par le seul fait que l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi provisoire, ou qu'il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent, les cautions sont déchargées de plein droit, non seulement pour l'avenir, ce qui est tout naturel, mais encore pour le passé. Il n'était pas possible en effet de subordonner la décharge des cautions à la diligence des ayants-droit, et d'un autre côté on ne pouvait leur accorder la faculté de requérir elles-mêmes l'envoi définitif. Il fallait donc faire résulter leur libération complète de la seule expiration des délais.

L'envoi en possession définitif est attributif de la propriété au profit des envoyés, considérés comme successeurs aux biens ;

De là il suit :

1° Qu'ils ont le droit de demander compte des biens à ceux qui ont administré antérieurement à l'envoi (1) ;

(1) Voy. Cass. 19 nov. 1877, S. 79, 1, 269.

2° Que les envoyés en possession sont autorisés à provoquer les uns contre les autres le partage définitif des biens de l'absent, quand même ils auraient antérieurement procédé à un partage destiné, dans leur intention commune, à demeurer définitif, un tel partage ne pouvant avoir eu pour effet que de diviser entre eux l'administration, ainsi qu'on l'a dit plus haut (n° 437) (1).

3° Qu'ils ont également le droit de réclamer au conjoint qui avait opté pour la continuation de la communauté, la liquidation et le partage définitif de cette même communauté ;

4° Que pour la constitution de la masse à partager, il faudra appliquer, s'il y a lieu, les règles sur le rapport et la réduction ;

5° Qu'ils ne sont tenus des dettes que jusqu'à concurrence des biens qu'ils recueillent;

6° Que, pour les immeubles, le partage doit se faire suivant la loi du pays où ils sont situés (2);

7° Que les envoyés peuvent disposer des biens de l'absent, à titre onéreux et même à titre gratuit, arg. art. 132.

444. Les envoyés en possession définitive sont donc, vis-à-vis des tiers, investis d'un droit de propriété irrévocable, ce qui revient à dire qu'ils peuvent conférer à des tiers des droits irrévocables sur tous les objets compris dans l'envoi en possession. Si donc l'absent reparaît il devra respecter tous les actes d'aliénation accomplis durant la période de l'envoi définitif; ce qui conduit à reconnaître, que l'absent devra reprendre ses biens dans l'état où ils se trouveront :

ART. 132. Si l'absent reparaît, ou si son existence est prouvée, même après l'envoi définitif, il recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront, le prix de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus (*).

(*) Art. 132. — *Vid.* L. 5, C. 2, 51, *De rest. milit.*

(1) *Contrà*, DEMOL., *loc. cit.*, n° 153; AUBRY et RAU, t. I, § 153 et 157.

(2) Comp. LAURENT, *Dr. civ. intern.*, t. VII, n° 96.

Quand les biens n'ont pas été aliénés, l'absent les reprend dans l'état où ils se trouvent, avec leurs accessions ordinaires, dégradés ou améliorés, soit par le fait de l'envoyé, soit par suite des événements de la nature, sans qu'il y ait lieu à aucune indemnité de part ou d'autre (1). Le but de la loi a été notamment d'éviter toute discussion en justice sur ce point. Mais les constructions nouvelles édifiées sur le sol appartenant à l'absent, ne sont pas de simples améliorations, et pourraient donner lieu à l'application de l'art. 555.

Si les biens ont été aliénés, notre art. 132 déclare que l'absent pourra en recouvrer le prix. Plusieurs hypothèses doivent être envisagées :

Si le prix n'a pas encore été reçu et est dû par l'acquéreur, l'absent prend pour son compte l'action en paiement, et supporte, par conséquent, l'insolvabilité totale ou partielle du débiteur.

Si le prix a été reçu par les envoyés en possession et a fait l'objet d'un placement dont l'origine n'est pas douteuse, quoique juridiquement il ait cessé d'exister comme tel par le fait de sa perception, on peut considérer que son équivalent certain existe, et que l'absent peut le recouvrer. Il en sera de même si les envoyés ont employé ce prix à éteindre leur passif personnel.

Mais que décider si, en fait, les envoyés ont dépensé ce prix en vivant plus largement, en frais de voyages d'agrément, etc.

On décide assez généralement que l'envoyé ne sera pas tenu de restituer le prix, s'il prouve que ce prix n'existe plus dans son patrimoine, et qu'il a disparu même par sa propre faute, ou sa négligence, ou par des dépenses inconsidérées et improductives (2). On oppose, il est vrai, que le texte de

(1) Cass. 3 avril 1821. S. 21, 1, 325.

(2) DEMOL., *loc. cit.*, n° 170; AUBRY et RAU, t. I, § 157; LAURENT, t. II, n° 235.

l'art. 132 est formel et accorde à l'absent le droit de reprendre *le prix des biens qui auraient été aliénés*, sans faire aucune distinction. Mais, même dans cette opinion, on est obligé de reconnaître que l'absent ne pourrait pas réclamer le prix si les envoyés en avaient disposé à titre gratuit. Comment donc pourraient-ils le réclamer s'il était démontré que les envoyés en ont disposé au profit d'eux-mêmes, pour leurs plaisirs, leurs fantaisies ou leurs passions ! La loi admet qu'ils peuvent enrichir les autres aux dépens de l'absent, mais qu'ils ne doivent pas s'enrichir eux-mêmes.

On admet encore en ce qui touche les libéralités à titre de dot ou d'avancement d'hoirie, faites par les envoyés en faveur de leurs enfants, que les envoyés ne peuvent opposer de telles libéralités à l'absent que dans une certaine mesure, et en tenant compte de ce qu'ils auraient donné s'ils avaient été réduits à leur patrimoine personnel.

Si les envoyés ont employé le prix des biens aliénés à acquérir d'autres biens, l'absent peut seulement réclamer les biens provenant de cet emploi, et l'art. 132 ne doit pas être entendu comme constituant l'envoyé débiteur sous une alternative et à son choix, du prix des biens aliénés ou des biens provenant de l'emploi de ce prix (1).

Mais toutes ces difficultés, comme certaines autres que nous croyons devoir négliger, paraissent ne présenter qu'un intérêt théorique, et les recueils de jurisprudence ne contiennent aucune décision qui s'y réfère.

445. De ce qui précède il résulte que l'absence prend fin :

1° *Par le retour de l'absent;*

2° *Par la preuve acquise de son existence;*

3° *Par la preuve acquise du décès de l'absent.*

Si les héritiers de l'absent au moment de sa mort ne sont

(1) LAURENT, t. II, n° 236.

pas ceux qui avaient obtenu l'envoi définitif, les biens devront leur être restitués *dans l'état où ils se trouvent*, à moins que les envoyés ne les aient possédés pendant trente ans à compter du décès de l'absent. On applique donc à la période de l'envoi en possession définitive l'art. 130, qui n'est pas fait seulement pour la période de l'envoi en possession provisoire, comme l'ont pensé quelques auteurs.

Ces héritiers pourront être des descendants directs de l'absent, dont l'existence était inconnue. Ainsi, au moment de sa disparition l'absent n'était pas marié. Ce sont des collatéraux les plus proches à ce moment qui obtiennent l'envoi en possession provisoire d'abord, définitif ensuite. Plus tard on apprend qu'il est mort dans un pays éloigné, après s'être régulièrement marié, et laissant un enfant légitime. Il est certain que les biens doivent être restitués à cet enfant; c'est l'hypothèse prévue par l'article suivant :

ART. 133. Les enfants et descendants directs de l'absent pourront également, dans les trente ans, à compter de l'envoi définitif, demander la restitution de ses biens, comme il est dit en l'article précédent.

Cette disposition mérite d'être soigneusement remarquée; elle implique d'abord que le décès de l'absent n'est pas prouvé; on ne se trouve donc pas dans le cas prévu par l'article 130, cas dans lequel les héritiers quels qu'ils soient, les enfants comme les autres, ne peuvent agir que dans les trente ans à compter du décès. Par conséquent ce que réclament les enfants de l'absent, qui en réalité étaient absents eux-mêmes, c'est l'administration des biens de leur père. Leur qualité prouvée de descendants doit leur faire accorder cette administration ou possession préférablement à tous autres. Leur privilège consiste en ce qu'ils peuvent agir dans les trente ans à compter de l'envoi définitif, tandis que si on leur eût appliqué le droit commun ils n'auraient pu agir que dans les trente ans à compter de l'envoi provisoire. On admet généralement que ce délai de trente ans est une vérita-

ble prescription soumise aux causes ordinaires de suspension et d'interruption (1).

Les descendants recouvrent les biens dans l'état où ils se trouvent; mais leur situation est la même que celle de tous les envoyés, vis-à-vis de l'absent s'il reparaît ou donne de ses nouvelles, sans pouvoir invoquer vis-à-vis de lui aucune prescription (2).

Les règles ci-dessus concernent tous les enfants et descendants de l'absent, sans distinction, et s'appliquent dès lors aux enfants naturels comme aux enfants légitimes, aux enfants du premier degré comme aux petits-enfants.

SECTION II.

Des effets de l'absence relativement aux droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent.

446. — Indication des droits éventuels pouvant compéter à l'absent.
447. — De la preuve en cette matière, art. 135.
448. — De la transmissibilité ou dévolution des droits dont s'agit, art. 136.
449. — Comment l'existence d'une personne peut-elle n'être pas reconnue?
450. — Des actions en pétition d'hérédité et autres pouvant compéter à l'absent ou à ses représentants, art. 137.
451. — Comparaison entre les envoyés en possession et ceux qui recueillent des droits à défaut de l'absent, art. 138.
452. — Rapports de l'absent avec ceux qui ont traité avec les propriétaires apparents.
453. — Si l'absent reparaît, l'héritier apparent pourrait-il être considéré comme ayant eu mandat d'aliéner?
454. — Solution négative.

446. Le législateur, dans les art. 112 à 134 a uniquement envisagé *les biens que l'absent possédait au jour de sa disparition*. C'est la formule même de la rubrique de la section

(1) Voy. Demol. et les autorités citées, *Absence*, n° 185.
(2) Voy. Laurent, t. II, n° 238.

première de notre chapitre. Or, toute la théorie de l'absence se trouve contenue dans cette section première. Donc *les droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent* depuis le jour de sa disparition se trouvent forcément en dehors de la théorie de l'absence, et soumis aux règles qui leur sont propres, ce qui revient à dire que l'absence du sujet ne saurait produire absolument aucun effet relativement à ces droits. Par conséquent si on ramenait la rubrique de notre section II à la forme interrogative : *Quels effets l'absence produit-elle relativement aux droits éventuels qui peuvent competer à l'absent?* La réponse serait : AUCUNS.

Ainsi quels sont les *droits éventuels* dont il s'agit? En voici l'énumération :

1° Les successions ouvertes après la disparition d'une personne, et auxquelles elle pourrait prétendre si elle était présente ; quelle est la règle? La règle est que, pour succéder, il faut nécessairement exister à l'époque de l'ouverture de la succession, art. 725 ;

2° Les legs ; la règle est la même ; pour recueillir un legs il faut exister au moment du décès du testateur, si le legs est pur et simple, et au moment de l'événement de la condition s'il est conditionnel, art. 1039, 1040.

3° Les donations de biens à venir ; il faut pour en profiter survivre au donateur, art. 1089 ;

4° Le droit de retour ; il faut pour en profiter survivre au donataire, art. 951 ;

5° Le préciput conventionnel ; celui qui le réclame doit survivre à son conjoint, art. 1515 ;

6° Le droit aux arrérages d'une rente viagère ; il faut être vivant à l'époque de l'échéance, art. 1983.

447. Dans toutes les hypothèses sus-indiquées, et autres analogues qui pourraient se produire, il faut remarquer que l'acquisition du droit est subordonnée à une condition toute speciale : l'existence de la personne au moment même de

l'ouverture du droit. Ce sont les droits présentant ce caractère que la rubrique de notre section désigne sous le nom de *droits éventuels*.

Or, il est de principe que la charge de la preuve incombe toujours au demandeur; *onus probandi incumbit actori;* donc celui qui réclame, soit de son propre chef soit du chef d'autrui, un *droit éventuel* dans le sens qui vient d'être déterminé, doit prouver que le titulaire du droit existait lors de son ouverture. Voilà le droit commun (1).

L'absence du sujet au moment de l'ouverture ou de la naissance du droit est-elle de nature à modifier d'une manière quelconque les déductions du droit commun?

Non :

ART. 135. Quiconque réclamera un droit échu à un individu dont l'existence ne sera pas reconnue, devra prouver que ledit individu existait quand le droit a été ouvert : jusqu'à cette preuve, il sera déclaré non recevable dans sa demande (*).

Ce principe est général et doit s'appliquer au présumé absent, aussi bien qu'à l'absent lui-même. Il faut remarquer en outre que le défaut de preuve de l'existence de l'absent n'emporte pas la déchéance du droit, mais seulement la non-recevabilité de l'action. Par conséquent, dans les hypothèses auxquelles s'applique l'art. 135, le demandeur peut être déclaré irrecevable dans sa demande, mais non mal fondé.

La jurisprudence présente quelques applications intéressantes de notre règle; ainsi :

Dans tous les cas où la nullité d'un acte émané d'une femme est demandée pour défaut d'autorisation de la part de son mari dont l'absence a été déclarée, l'existence du mari au moment de l'acte doit être établie (2);

(*) Art. 135. — Arg. L. 2, D. 22, 3, *De probat.;* L. 4, C. 2, 1, *De edendo.*

(1) Cass. 29 janv. 1879, S. 79, 1. 159.

(2) Lyon, 20 août 1869, S. 70, 2, 124; Caen, 13 déc. 1875, S. 76, 2, 137.

De même l'absent ne devant pas être compté pour le calcul de la quotité disponible, les héritiers réservataires qui invoquent son existence pour restreindre cette quotité, sont tenus de la prouver (1).

448. Que vont devenir les droits éventuels que l'absent aurait pu recueillir si son existence eût été prouvée au moment de leur ouverture? Il faut distinguer :

Ces droits peuvent être intransmissibles, c'est-à-dire de nature à ne pouvoir être exercés que par la personne même qui a disparu. Ainsi, par exemple, une rente viagère ou un droit d'usufruit a été légué à une personne dont l'existence est devenue incertaine au moment du décès du testateur. Dans cette hypothèse personne ne pourra réclamer l'objet d'un tel legs du chef du légataire. Mais le droit en lui-même n'est pas éteint, si, en fait, le légataire est encore vivant; il pourra à son retour en réclamer l'émolument (2).

Si au contraire les droits éventuels dont il s'agit sont transmissibles ou de nature à pouvoir être exercés par d'autres que la personne qui était appelée à les recueillir, il faut de toute nécessité que ces droits soient dévolus exclusivement à ceux avec lesquels elle aurait eu le droit de concourir, ou bien à ceux qui les auraient recueillis à son défaut. Il n'est pas possible qu'il en soit autrement. La loi fait une application spéciale de cette règle aux successions :

ART. 136. S'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut.

Celui dont l'existence n'est pas reconnue est donc considéré, quant à la succession à laquelle il serait appelé, comme n'existant pas. Donc, non seulement il ne doit pas être re-

(1) Cass. 23 mars 1841, D. 41, 1, 177, et les renvois; AUBRY et RAU, t. VII, § 681.

(2) Voy. Alger, 29 mai 1886, sous Cass. 1er avril 1889, S. 89, 1, 217.

présenté à l'inventaire et au partage de cette succession (1), mais les juges, sous prétexte de sauvegarder ses droits, ne pourraient soumettre les héritiers présents à l'obligation de faire inventaire des forces de cette même succession; tout au plus les juges pourraient-ils prescrire quelques mesures temporaires, telles qu'un sursis à la levée des scellés (2).

La succession pourra également se trouver dévolue à *ceux qui l'auraient recueillie à défaut de l'absent.* Ceux qui, par l'effet de la représentation, ont le droit de se mettre à son degré, pourront aussi la recueillir. Il n'y a plus aujourd'hui de difficulté sur ce point (3). Par conséquent celui qui aura la possibilité de venir à une succession par droit de représentation et par droit de transmission, aura intérêt à choisir la représentation afin d'éviter le paiement des dettes de l'absent (4).

Enfin de ce que, par la force des choses, il fallait considérer comme n'existant pas celui dont l'existence n'est pas reconnue, au moment où un *droit éventuel* s'ouvre à son profit, il suit que les personnes appelées à son défaut à recueillir ce droit, ne peuvent pas être traitées comme de simples envoyés en possession. Aussi la loi n'exige-t-elle aucune garantie de restitution. Cependant elle soumet les successeurs irréguliers à la nécessité de faire inventaire, donner caution, etc. (art. 769, 771). Peut-être aurait-on dû adopter des mesures analogues pour la conservation des droits éventuels ouverts au profit d'individus dont l'existence n'est pas reconnue.

449. Mais va-t-il dépendre des intéressés de ne point recon-

(1) Bruxelles, 18 nov. 1886, D. 87. 2, 155; Bourges, 17 janv. 1872, D. 72, 2, 31.

(2) Dijon, 23 mars 1888, S. 88, 2, 240.

(3) Voy. LAURENT, t. II, n° 255.

(4) DURANTON, t. I, n°s 548 et 549.

naître l'existence d'une personne? Evidemment non ; le texte de l'art. 136 parle en effet, non d'un individu dont l'existence n'est pas reconnue *par les intéressés*, mais dont l'existence n'est pas reconnue d'une manière générale, c'est-à-dire dont l'existence est incertaine. Or, en cas de difficulté, c'est aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier souverainement, d'après les faits, s'il y a incertitude sur l'existence d'une personne (1).

Les intéressés peuvent d'ailleurs reconnaître l'existence de l'absent, renoncer au bénéfice de l'art. 136 et mettre en réserve la part qui lui reviendrait, sauf à rétracter leur renonciation si des faits nouveaux venaient établir l'incertitude de son existence (2). La part ainsi réservée ne pourrait jamais, si l'absence était déclarée, être comprise dans l'envoi provisoire portant seulement sur les biens appartenant à l'absent au jour de sa disparition, mais devrait être attribuée à ceux qui ont le droit de la réclamer d'après l'art. 136.

450. Les attributions résultant du fonctionnement des art. 135 et 136 étant déterminées par des situations apparentes, ne peuvent être maintenues quand une réalité contraire est démontrée. Elles doivent donc cesser quand l'absent reparaît ou lorsque ses ayants-cause viennent à prouver son existence au moment de l'ouverture de la succession ou du droit.

ART. 137. Les dispositions des deux articles précédents auront lieu sans préjudice des actions en pétition d'hérédité et d'autres droits, lesquels compéteront à l'absent, ou à ses représentants ou ayants-cause, et ne s'éteindront que par le laps de temps établi pour la prescription.

Demolombe (3) et après lui M. Laurent (4), comprennent cet article comme s'il était ainsi conçu : *sans préjudice des actions en pétition d'hérédité et des actions en pétition*

(1) Cass. 21 nov. 1887, S. 88, 1, 324.
(2) Bruxelles 18 nov. 1886, D. 87, 2, 155.
(3) *Absence*, n° 214.
(4) T. II, n° 258.

d'autres droits, lesquelles..., en conséquence ils estiment que l'expression *et d'autres droits* se réfère à la disposition générale de l'art. 135, comme les mots : *pétition d'hérédité* se réfèrent à la disposition générale de l'art. 136. Mais cela est manifestement inexact. Le texte dit formellement : *les dispositions des deux articles précédents* (art. 135 et 136), *auront lieu sans préjudice... d'autres droits*, LESQUELS *compéteront à l'absent...* Les *autres droits* dont il est question sont donc distincts de ceux dont parle l'art. 135, et ces expressions, comme l'ont fort bien vu Toullier (1) et Duranton (2), ont pour but de réserver à l'absent des droits contre les tiers qui auraient traité avec le propriétaire apparent.

La remarque n'est pas sans importance comme nous allons le voir.

451. Il y a donc une grande différence entre les envoyés en possession provisoire, et ceux qui recueillent des droits à défaut de l'absent. Cette différence se traduit notamment par cette circonstance que les envoyés provisoires possédant comme administrateurs, et par conséquent à titre précaire, ne peuvent prescrire contre l'absent (art. 125 et 2236). Au contraire ceux qui recueillent des biens au lieu et place d'un absent, possèdent à titre de propriétaires et par conséquent peuvent prescrire.

La prescription s'accomplira par un laps de temps qui pourra varier suivant la nature de l'action que l'absent de retour, ou ses ayants-cause, veulent intenter ; il sera par exemple de trente ans à partir de la prise de possession par les défendeurs, s'il s'agit de la pétition d'hérédité ; il sera de cinq ans, s'il s'agit de réclamer les arrérages d'une rente viagère.

D'un autre côté, les biens compris dans l'envoi en posses-

(1) T. IV, n° 289.
(2) T. I, n° 578.

sion provisoire ne se confondent pas avec le patrimoine propre des envoyés, simples administrateurs. Au contraire les biens recueillis à défaut de l'absent se confondent absolument avec les biens de ceux qui ont ainsi bénéficié de l'art. 136. Par suite, les créanciers des co-héritiers présents peuvent poursuivre la vente des biens qu'ils ont recueillis à défaut d'un co-héritier absent (1).

Enfin, les envoyés en possession provisoire ne gagnent généralement qu'une partie des fruits par eux perçus (art. 127);

Au contraire:

ART. 138. Tant que l'absent ne se représentera pas, ou que les actions ne seront point exercées de son chef, ceux qui auront recueilli la succession, gagneront les fruits par eux perçus de bonne foi (*).

452. Voilà pour les rapports de l'absent avec ceux qui ont recueilli des biens à son défaut. Mais comment faut-il régler ses rapports avec ceux qui auraient traité avec les propriétaires apparents? Les actes accomplis par ceux qui ont appréhendé une succession en vertu de l'art. 136 sont-ils valables par rapport à l'héritier véritable dont les droits sont reconnus?

La question présente un grand intérêt:

1° Quant aux actes d'administration;

2° Quant aux actes de disposition.

On est en général d'accord pour reconnaitre que les actes d'administration émanés des héritiers apparents qui ont appréhendé les biens en vertu de l'art. 136, nous ne parlons que de ceux-là, doivent être respectés par l'héritier véritable; mais la controverse existe pour les actes d'aliénation.

Ainsi on dit: L'héritier apparent était véritablement propriétaire en vertu de la dévolution ou attribution résultant de l'art. 136; mais il était propriétaire sous condition résolu-

(*) Art. 138. — L. 25, § 11 et 15, L. 23, D. 5, 3, *De hæred. petit.*

(1) Rouen, 10 mai 1818, D. *Rép.*, v° *Absence*, n° 508.

toire. Lorsque l'existence de l'absent au moment de l'ouverture d'une succession à laquelle il était appelé se trouve établie, il est prouvé que celui qui a recueilli cette succession à son défaut n'y avait aucun droit. Or, il est de principe qu'on ne peut transférer plus de droits qu'on n'en a soi-même : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.* Donc l'héritier apparent, propriétaire sous condition résolutoire, n'a pu conférer à des tiers que des droits résolubles. Lorsque la condition à laquelle son droit était soumis vient à se réaliser, il est réputé n'avoir jamais été propriétaire, et les droits qu'il a concédés sont pareillement résolus : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* L'absent pourra donc tenir pour nuls les actes accomplis par celui qui avait d'abord bénéficié de la dévolution consacrée par l'art. 136.

Nous estimons que cette manière de raisonner est absolument fausse, et qu'il faut rejeter cette intervention banale d'une condition résolutoire et d'un *domaine révocable.*

L'art. 136 n'est attributif d'aucune espèce de droit nouveau au profit de ceux qui, par le titre dont ils étaient déjà investis, sont appelés, soit à concourir avec l'absent, soit à succéder à son défaut. La loi ne fait que constater une situation apparente, et déclare que les choses suivront leur cours ordinaire. Une succession s'ouvre au profit d'une personne dont l'existence n'est pas reconnue. Par qui sera-t-elle appréhendée? Par le parent le plus proche, qui se trouve ainsi appelé par son titre, en vertu des dispositions réglant l'ordre des successions (art. 731 et suiv.). La vocation particulière de celui qui invoque son titre de successeur le plus proche, ne se trouve donc pas dans l'art. 136, qui se borne à constater comment les choses se passent, sans prétendre attribuer un droit même révocable ou résoluble ; et les choses se passeraient de la même manière, quand même l'art. 136 n'existerait pas.

Par conséquent, lorsque l'existence de l'absent est recon-

nue, il est prouvé : 1° que celui qui a recueilli la succession à sa place n'y a jamais eu aucun droit, malgré les apparences; 2° que cette succession a toujours appartenu à l'absent; 3° que l'absent propriétaire n'a pas pu être dépouillé de sa chose sans son fait et par le seul résultat de la vente consentie par celui qui avait pris sa place; 4° qu'il peut, dès lors, agir directement en revendication contre les tiers. C'est ce résultat que constate l'art. 137, en déclarant que l'art. 136 laisse intactes les actions en pétition d'hérédité et les autres actions, c'est-à-dire les actions en revendication que l'article appelle *les autres droits* compétant à l'absent, et pour légitimer et expliquer un tel résultat, il n'est pas nécessaire de faire intervenir la théorie de la condition résolutoire ni la maxime qui la résume : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Il suffit de faire remarquer, ce qui est un peu plus décisif, que le *tradens* n'a jamais eu aucune espèce de droits.

453. Demolombe parlant du système qui prononce dans tous les cas la nullité des aliénations d'immeubles en se fondant sur la maxime : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis,* s'exprime ainsi :

« Ce système est le plus net, sans aucun doute, et, aussi selon moi, le plus vrai théoriquement et le plus juridique, inexpugnable même, à mon avis, tant qu'on voudra, comme on l'a fait jusqu'ici, engager le combat contre lui sur le terrain où il se place (1). »

S'il en est ainsi, notre système, qui répudie l'influence d'une prétendue condition résolutoire, est encore plus vrai, plus juridique et plus inexpugnable sur le terrain qu'il a choisi.

Quoi qu'il en soit, Demolombe transporte la question sur un autre terrain : il soutient que si l'absent reparait, l'héri-

(1) *Absence,* n° 245.

tier apparent aura eu pouvoir et mandat suffisant pour vendre les immeubles : « Voilà, dit-il, ce qu'il est permis de trouver dans l'art. 136, d'après lequel la succession est *dévolue* par la loi elle-même à ceux qui l'auraient recueillie à défaut de l'absent. — Qui veut la fin veut les moyens; et quand la loi concède un droit, elle concède, par cela même, les moyens sans lesquels ce droit ne pourrait pas s'exercer. En déférant la succession à ceux qui l'auraient recueillie à défaut de l'absent, elle leur donne, pour tous les cas, le pouvoir d'en faire le règlement et la liquidation; or, cette liquidation entraîne très souvent la nécessité de vendre même les immeubles. Si la succession est dévolue à plusieurs héritiers, il faudra bien la partager (art. 815), et, pour cela, liciter les immeubles dont la division serait impossible ou incommode (art. 827, 1686). Dans tous les cas, il faudra bien, s'il y a des dettes, payer les créanciers, et, pour cela, vendre souvent aussi les immeubles; donc, il est nécessaire que les héritiers présents aient le pouvoir de les aliéner (1). »

454. Cette observation que les héritiers présents doivent nécessairement avoir le pouvoir d'aliéner les immeubles, pourrait trouver sa place dans la discussion d'une loi à faire; mais il s'agit d'appliquer une loi faite, et la question est de savoir si la loi, telle qu'elle existe, accorde un tel pouvoir aux héritiers présents. Demolombe trouve le principe de ce pouvoir ou mandat dans l'art. 136 d'après lequel la succession *est dévolue* par la loi elle-même à ceux qui l'auraient recueillie à défaut de l'absent... Mais ce motif qui peut être allégué vis-à-vis des partisans d'une attribution de propriété résoluble ayant son fondement dans l'art. 136, n'a pas de prise contre le système que nous avons exposé, et qui réduit cet art. 136 à n'être que l'expression indicative de ce qui se passe par application des règles générales sur les successions.

(1) *Loc. cit.*, n° 250.

Or, il serait véritablement arbitraire de prétendre trouver un pareil mandat dans le chapitre relatif aux divers ordres de succession. Autant vaudrait formuler la disposition générale suivante : tout successible qui prend la place d'un héritier plus proche, est considéré comme ayant mandat valable pour aliéner !

Quoi qu'il en soit, il nous suffit, pour le moment, d'avoir démontré que les textes contenus dans le titre de l'absence doivent être mis de côté dans la discussion relative aux pouvoirs de l'*héritier apparent;* nous aurons à reprendre cette discussion quand nous examinerons les règles concernant *les successions.*

SECTION III.

Des effets de l'absence relativement au mariage.

455. — L'absent a seul le droit d'attaquer le second mariage contracté par son conjoint, art. 139.
456. — *Quid* si l'absent étant de retour reste dans l'inaction?
457. — Un étranger pourrait-il invoquer son statut personnel pour contracter un second mariage en France en cas d'absence de son conjoint?
458. — Droit de l'époux présent à défaut d'héritiers de l'absent, art. 140.

455. L'absence soit présumée, soit même déclarée, et pour si prolongée qu'on la suppose, quand même il se serait écoulé plus de 100 ans depuis la naissance de l'absent ne peut, par elle-même, être une cause de dissolution du mariage. Notre législation n'admet d'autres causes de dissolution du mariage que le décès prouvé de l'un des époux, ou le divorce. Or, la loi déclare qu'on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier (art. 147).

Il suit de là que le conjoint de l'absent n'a jamais le droit de se remarier. Donc, s'il parvient à éluder la prohibition de

la loi, le second mariage par lui contracté est entaché de nullité, par application de l'art. 147, C. C.

Or, d'après les art. 184, 188 et 189, les personnes qui peuvent demander la nullité du mariage dans les cas auxquels s'applique l'art. 147, sont : 1° les nouveaux époux; 2° tous ceux qui y ont intérêt; 3° le ministère public.

La question était de savoir si, dans le cas particulier où un second mariage a été contracté par le conjoint d'un absent, il fallait accorder l'exercice de l'action en nullité aux trois classes de personnes ci-dessus désignées?

Il est certain que non :

ART. 139. L'époux absent dont le conjoint a contracté une nouvelle union, sera seul recevable à attaquer ce mariage par lui-même, ou par son fondé de pouvoir, muni de la preuve de son existence (*).

Pourquoi cela? Parce que la nullité du second mariage ne peut pas être prononcée tant que l'existence du conjoint absent à l'époque de la célébration de ce deuxième mariage n'est pas démontrée ; or cet obstacle n'existe plus quand c'est l'absent lui-même, ou son fondé de pouvoir, qui vient demander la nullité.

Mais s'il en est ainsi, ne faudrait-il pas accorder l'action en nullité aux intéressés, aux nouveaux époux et au ministère public qui offriraient de prouver l'existence de l'absent à l'époque où son conjoint a contracté une nouvelle union? L'affirmative, qui est soutenue (1), serait admissible si le texte de l'art. 139 ne la repoussait absolument, en déclarant que *l'absent sera seul recevable à attaquer ce mariage* (2).

456. Mais si l'absent étant de retour reste dans l'inaction, n'importe pour quel motif, faudra-t-il dire encore que *lui seul est recevable à attaquer le mariage*, et que s'il juge bon

(*) Art. 139. — Novell. 117, cap. 4; cap. 19, *Decret. Gregor.*, 4, 1.

(1) DEMOL., *Absence*, n° 264 et les autorités citées.

(2) AUBRY et RAU, t. I, § 159, note 3; comp. DEMANTE, t. I, n° 177 *bis*, 2.

de garder le silence, nul ne pourra attaquer le mariage? L'art. 139 parle de *l'époux absent*. Or l'époux absent est celui dont l'existence est incertaine. Quand l'absent reparaît l'incertitude cesse et le droit commun reprenant son empire ne faut-il pas reconnaître aux personnes désignées par l'art. 184 le droit de demander la nullité? C'est là l'opinion généralement adoptée (1) et elle se heurte encore contre le texte formel de l'art. 139 expliqué par Bigot-Préameneu dans des termes qui ne laissent pas de place à l'équivoque. « On a voulu, disait-il dans son exposé des motifs du titre de l'absence, on a voulu, dans la loi proposée, que le mariage contracté pendant l'absence ne pût être attaqué *que par l'époux même à son retour*, ou par celui qui serait chargé de sa procuration (2). »

On s'est indigné contre cette solution, en faisant remarquer qu'elle aboutit à autoriser en quelque sorte l'état de bigamie au milieu de notre société, à tolérer qu'un homme ait légalement deux femmes présentes, ou une femme deux maris! L'observation pourrait être bonne à l'effet d'obtenir la révision de la loi, mais ne saurait, en attendant, avoir pour résultat de la dénaturer. Il convient d'ailleurs d'envisager la situation dans un autre point de vue, et de tenir compte, ce qu'on ne fait pas assez, des droits du conjoint présent.

D'après la loi du 20 septembre 1792, l'absence prolongée pendant cinq années pouvait donner lieu au divorce. En Allemagne, en Autriche, dans les pays scandinaves et en Russie, il est admis que le conjoint de l'absent peut se remarier en provoquant un jugement spécial ; il en est de même dans les Pays-Bas. Les rédacteurs du Code civil n'ont pas voulu attribuer le même effet à l'absence, par le motif que l'absence pouvant provenir d'événements indépendants de

(1) AUBRY et RAU, DEMOL., *loc. cit.*
(2) LOCRÉ, *Exp. des motifs*, t. II, p. 259; conf. LAURENT, t. II, n° 250.

la volonté, ne présente aucun caractère d'injure. Là n'était pas la question; il s'agissait de savoir si, quand l'absence a duré un certain temps et quel qu'en soit le motif, le conjoint présent pouvait être autorisé à se remarier.

Les rédacteurs du Code civil ne l'ont pas pensé; mais ils n'ont pas voulu laisser sous l'empire du droit commun l'exercice de l'action en nullité contre le second mariage contracté par l'époux présent. Dans le système consacré par le Code, l'absent est rendu seul juge du point de savoir s'il n'y a pas lieu de prononcer la nullité d'un second mariage que son absence prolongée, peut-être injurieuse et coupable, a rendu possible. On comprendra maintenant toute la portée des paroles déjà citées de Bigot-Préameneu : « *La loi a voulu que le mariage contracté pendant l'absence ne pût être attaqué que par l'époux même à son retour.* »

Aujourd'hui que le divorce est rétabli, peut-être vaudrait-il mieux revenir au régime de la loi de 1792, mais il n'en est pas moins vrai que le système du Code est parfaitement compréhensible, et il n'est pas permis de le méconnaître sous prétexte des conséquences qu'il peut entraîner.

Il faut donc admettre, conformément à ce système, que le nouveau mariage ne pourrait plus être attaqué après le décès de l'absent, même dans le cas de son retour. Les maîtres qui adoptent cette solution (1), font remarquer que le décès de l'absent empêche toute situation scandaleuse de se produire. La remarque est exacte, mais au point de vue juridique l'art. 139 suffit pour justifier la solution.

L'absent de retour peut donc seul intenter, s'il le juge convenable, l'action en nullité du mariage de son conjoint; il agira soit par lui-même, soit par un fondé de procuration

(1) Demante, t. I, n° 177 *bis*, 2; Laurent, t. II, n° 249.

spéciale, muni de la preuve de son existence au moment de l'introduction de l'action.

L'absence du mari, dans le système du Code, n'a pas pour résultat de donner à la femme une indépendance personnelle pour procéder aux actes juridiques; nous verrons plus loin (art. 222), que la femme doit obtenir l'autorisation de justice dans tous les cas où l'autorisation du mari absent serait nécessaire. Nous aurons aussi à rechercher quel est le sort des enfants que la femme de l'absent met au monde après la disparition ou la réception des dernières nouvelles.

457. Nous avons remarqué ci-dessus que, dans certains pays, la législation autorisait le conjoint de l'absent à se remarier quand l'absence avait duré un certain temps. Ainsi le Code des Pays-Bas autorise l'époux présent, après dix ans d'absence de son conjoint, à lui faire trois sommations de comparaître (art. 549); si l'absent ne reparaît pas, le tribunal peut autoriser l'époux à se remarier (art. 550); si l'absent reparaît avant la célébration du second mariage, le jugement qui autorise ce mariage est nul, tandis que s'il reparaît après la célébration, il peut à son tour se remarier (art. 551). On peut donc se demander si un Néerlandais domicilié en France et dont le conjoint serait absent, serait admis à se remarier en France en vertu de son statut personnel? La négative est certaine : le fait de contracter un second mariage avant la dissolution du premier soit par la mort soit par le divorce, est constitutif en France de l'état de bigamie, or les lois qui ont pour but de prévenir une telle situation, constituent un statut réel, dominant le statut personnel permettant à un étranger de contracter mariage en cas d'absence de son conjoint (1).

458. Enfin le législateur a cru devoir déclarer que :

(1) LAURENT, *Dr. civ. intern.*, t. VI, p. 339.

ART. 140. Si l'époux absent n'a point laissé de parents habiles à lui succéder, l'autre époux pourra demander l'envoi en possession provisoire des biens (*).

Cet article est aussi inutile que l'art. 136; il indique simplement comment les choses se passent par application des règles générales, art. 120 et 767 modifié par la loi du 9 mars 1891.

(*) Art. 140. — L. unic. D. 38, 11, *Unde vir et uxor.*

CHAPITRE IV.

DE LA SURVEILLANCE DES ENFANTS MINEURS DU PÈRE QUI A DISPARU.

459. — Droits et devoirs de la mère en cas de disparition du père, art. 141 :
460. — 1° Quant à la personne des enfants;
461. — 2° Quant à leurs biens.
462. — Droits et devoirs de la famille quand la mère était déjà décédée, art. 142.
463. — Enfants d'un précédent mariage, art. 143.
464. — Enfants naturels; mineurs émancipés.
465. — Enfants qui n'étaient pas sous la surveillance du parent qui a disparu.
466. — Enfants étrangers.

459. La rubrique de ce chapitre annonce qu'il prévoit uniquement un cas de *disparition;* les termes des art. 141, 142 et 143 sont tout à fait conformes à ceux de la rubrique; il est donc certain que le législateur a en vue des hypothèses se produisant *avant que l'absence ait été déclarée*, comme le dit formellement l'art. 142. Par conséquent les mesures organisées dans le présent chapitre sont spéciales à la période de la présomption d'absence. Quand l'absence est déclarée il y a lieu d'appliquer les règles ordinaires sur la tutelle.

La loi prévoit plusieurs hypothèses:

Le père a disparu, la mère étant vivante et présente :

ART. 141. Si le père a disparu, laissant des enfants mineurs issus d'un commun mariage, la mère en aura la surveillance, et elle exercera tous les droits du mari, quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens (*).

Nous verrons plus loin que l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation, (art. 372); mais que le père exerce seul cette autorité durant le mariage (art. 373). Il résulte de là que lorsque ce dernier est dans l'impossibilité d'exercer cette autorité, parce qu'il a

(*) Art. 141. — *Arg.* L. 1 C. 5, 49, *Ubi pupilli.*

disparu, la mère doit, naturellement, l'exercer à sa place. Il s'agit donc pour la mère d'exercer l'autorité paternelle. La surveillance que lui attribue la loi n'est donc pas une tutelle, et par conséquent il n'y a lieu ni à la nomination d'un subrogé tuteur (art. 420), ni à une hypothèque légale sur les biens de la mère (art. 2221).

460. La surveillance accordée à la mère doit être envisagée quant à la personne et quant aux biens des enfants.

Quant à la personne, la mère a le devoir et le droit de diriger l'éducation des enfants; mais son droit de correction doit être restreint dans les limites fixées par la loi en cas de viduité, c'est-à-dire qu'elle est tenue pour l'exercer d'avoir le concours des parents paternels (art. 381, C. C.). Mais elle a le pouvoir d'émanciper ses enfants (1). Il faut admettre aussi qu'elle peut consentir seule à leur mariage, car durant la période de la présomption d'absence, il est manifeste que le père qui a disparu étant dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de la mère doit suffire (art. 149). Il ne peut y avoir de difficulté que sur le point de savoir comment il sera justifié de la présomption d'absence. S'il est intervenu des jugements en vertu de l'art. 112, l'impossibilité de consentir se trouvera prouvée en même temps que la présomption d'absence. S'il n'y a pas eu de jugement, il est raisonnable d'exiger que l'enfant s'adresse au tribunal pour que l'absence soit judiciairement constatée (2).

461. Quant aux biens, l'administration confiée par la loi à la mère présente implique pour elle, comme moyen nécessaire d'exercice, la capacité d'agir sans autorisation de justice, quand même il s'agirait de recueillir une succession échue à son fils mineur (3). La mère aura donc le droit de

(1) LAURENT, t. II, n° 147.
(2) *Ibid.*, n° 313.
(3) Trib. civ. Seine, 12 juillet 1882, *la Loi*, 25 août 1882.

percevoir les revenus des biens personnels de ses enfants, mais elle les percevra pour le compte de son mari absent, qui en conserve toujours la jouissance légale (art. 384) ; l'usufruit légal ne cesse, en effet, ni pendant la période de la présomption d'absence, ni pendant la période de l'absence déclarée; ni à plus forte raison si le père ayant disparu n'est ni présumé ni déclaré absent (1).

462. Si la mère était déjà décédée quand le père a disparu, il faut nécessairement, dans l'intérêt des enfants mineurs, faire intervenir la famille.

ART. 142. Six mois après la disparition du père, si la mère était décédée lors de cette disparition, ou si elle vient à décéder avant que l'absence du père ait été déclarée, la surveillance des enfants sera déférée, par le conseil de famille, aux ascendants les plus proches, et, à leur défaut, à un tuteur provisoire.

Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque le père a disparu, la mère étant déjà décédée, on laisse écouler un délai de six mois après la disparition pour empêcher une immixtion trop prompte dans les affaires de l'absent. Ce qui n'empêchera pas, en cas de nécessité, de recourir durant ce délai aux mesures conservatoires autorisées par les art. 112 et suiv. Dans le second cas, c'est-à-dire quand la mère vivante au moment de la disparition du père est décédée avant que l'absence de celui-ci ait été déclarée, si les six mois ne sont pas encore écoulés, il faudra attendre l'expiration de ce délai avant de provoquer l'intervention du conseil de famille ; si la mère est décédée après les six mois, le conseil de famille pourra se réunir immédiatement. L'art. 142 devra s'appliquer encore quand la mère veuve et non remariée disparait, quand le père était décédé au moment de sa disparition, ou vient à décéder ensuite, et enfin quand les père et mère disparaissent en même temps, ou l'un après l'autre.

Quelle est la mission que la loi donne à ce conseil de famille ? Elle le charge de pourvoir au remplacement du père

(1) Alger, 29 mai 1887, sous Cass. 1er avril 1889, S. 89, 1, 217.

qui a disparu, et qui était tuteur, et elle déclare que le conseil de famille devra *déférer la surveillance des enfants aux ascendants les plus proches, et, à leur défaut, à un tuteur provisoire.*

Cette surveillance est bien manifestement une tutelle quand elle est déférée à un tuteur provisoire, elle doit donc avoir les mêmes caractères quand elle est déférée aux ascendants. Cette tutelle ne se distingue de la tutelle ordinaire que par son caractère provisoire.

463. Dans les art. 141 et 142, la loi s'occupe de la surveillance des enfants mineurs issus d'un commun mariage ; il n'y avait pas de raison pour traiter autrement les enfants mineurs issus d'un précédent mariage :

ART. 143. Il en sera de même dans le cas où l'un des époux qui aura disparu, laissera des enfants mineurs issus d'un mariage précédent.

Le nouvel époux étant étranger aux enfants mineurs de l'absent, cette hypothèse rentre dans le cas déjà examiné, où le père a disparu, la mère étant prédécédée ; l'art. 143 était donc inutile.

464. Les art. 141, 142, 143 s'occupant des enfants issus d'un commun mariage, ou d'un mariage précédent, pouvant avoir des ascendants, n'ont en vue que les enfants légitimes. Donc, si le père ou la mère naturel d'un enfant vient à disparaître, c'est le tribunal qui ordonnera les mesures commandées, suivant les cas, par le plus grand intérêt de l'enfant.

Ces articles ne s'appliquent pas non plus aux mineurs émancipés, qui ont le pouvoir d'administrer leurs biens comme ils l'entendent.

465. Enfin, ces dispositions ne s'appliquent pas davantage, lorsque les enfants mineurs ne se trouvaient pas sous la surveillance du parent qui a disparu, ce qui peut se produire :

1° Lorsque la mère après le décès du père a refusé d'accepter la tutelle ;

2° Lorsque le père, après le décès de la mère, en a été dispensé ou exclu (art. 394, 422, et s.).

3° Lorsque la mère a encouru la déchéance de la puissance paternelle par application de l'art. 1er de la loi du 24 juillet 1889, sur la protection des enfants maltraités, ou moralement abandonnés.

466. Nous avons toujours supposé qu'il s'agissait de mineurs français se trouvant en France, au moment de la disparition de leur auteur ; mais il faut aussi prévoir le cas où des enfants mineurs étrangers se trouvent en France, comme aussi le cas où des mineurs français se trouvent à l'étranger.

C'est au statut personnel qu'il appartient d'organiser la puissance paternelle ou la tutelle des enfants mineurs dont le père ou la mère est absent. Le juge français devra donc appliquer ce statut aux mineurs étrangers qui se trouvent en France, sans préjudice des mesures provisoires que l'urgence pourrait nécessiter dans l'intérêt de ces enfants (1).

(1) Voy. LAURENT, *Dr. civ. intern.*, t. VI, n° 329.

APPENDICE.

DE L'ABSENCE DES MILITAIRES.

467. — Loi du 11 ventôse an II concernant les successions ouvertes au profit des absents militaires.
468. — Loi du 6 brumaire an V.
469. — Loi du 13 janvier 1817.
470. — Loi des 9-12 août 1871.

467. L'absence ou le décès doivent être plus facilement expliqués ou présumés pour les militaires, autant à raison des dangers de leur profession, que de l'éloignement forcé que souvent elle leur impose. Il convenait donc d'édicter à leur égard des règles plus simples que celles dont l'ensemble forme la théorie de l'absence.

Dans l'ordre chronologique, la première loi à signaler est celle du 11 ventôse an II, concernant les successions ouvertes au profit des absents militaires.

Aux termes de cette loi, le juge de paix est tenu, immédiatement après avoir apposé les scellés sur les effets et papiers délaissés par les père et mère et autres parents dont des militaires sont héritiers, d'en avertir ces derniers s'il sait à quel corps ou armée ils sont attachés, et d'en instruire pareillement le ministre de la guerre. Le double de ces lettres doit être copié à la suite du procès-verbal du juge de paix, avant de le présenter à l'enregistrement, sans augmentation de droits (art. 1). Après l'expiration du délai d'un mois, et à défaut de procuration envoyée par le militaire intéressé, le conseil de famille doit lui nommer un curateur (art. 2), lequel provoque la levée des scellés, assiste à leur reconnaissance, peut faire procéder à l'inventaire et à la vente des meubles, et en recevoir le prix, à la charge de rendre compte soit au militaire absent, soit au fondé de pouvoir.

La doctrine et la jurisprudence reconnaissent que cette loi est toujours en vigueur et doit être appliquée aux militaires et aux personnes attachées au service de l'armée (L. du 16 fructidor an II), chaque fois que la France aurait une guerre à soutenir (1).

Il semble résulter du texte et de l'esprit des dispositions de cette loi qu'elle concerne uniquement les militaires absents du territoire de la République pour le service de la nation, mais considérés d'ailleurs comme existants et réellement présents au service. L'unique objet de cette loi serait donc de prescrire certaines mesures conservatoires dans l'intérêt des militaires *non présents*, dont l'existence n'est pas méconnue, et non d'établir en faveur des militaires *absents* toujours considérés comme vivants, ainsi qu'on l'a soutenu (2), un ordre successif différent de celui qui a été réglé par le Code civil. En conséquence si l'existence de ces militaires est déniée ou n'est pas prouvée, la succession qui vient à s'ouvrir depuis leurs dernières nouvelles, non seulement ne leur est pas dévolue, mais ne l'est pas non plus à leurs héritiers qui auraient obtenu l'envoi en possession de leurs biens. L'art. 136 serait donc applicable aux militaires absents comme à tous autres (3). Demolombe estime que notre loi organise une sorte de séquestre de la succession traitée comme si elle était vacante et mettant obstacle également soit à l'investiture du militaire absent, soit de ceux qui recueilleraient la succession à son défaut (4).

La loi du 11 ventôse an II ne produit d'effet que durant la période de la présomption d'absence ; après la décla-

(1) Aubry et Rau, t. I, § 161, texte et note 3; les derniers arrêts rendus sur la question sont : Caen, 2 mars 1843, *Rev. Caen*, t. VII, p. 178; Nîmes, 21 fév. 1838, D. 38, 2, 91.

(2) Demante, t. I, n° 187 *bis*, 2.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Absence*, sur l'art. 136, n° 8.

(4) *Absence*, n° 344.

ration d'absence, le droit commun reprend son empire (1).

468. Une loi du 6 brumaire an V eut pour but d'organiser la conservation des biens et droits des défenseurs de la patrie. On admet généralement que c'est au traité du 20 novembre 1815, publié le 14 fév. 1816 qu'il faut fixer la fin de la période d'application de cette loi ; nous n'avons rien de particulier à en dire.

469. La loi du 13 janv. 1817 a au contraire une importance exceptionnelle et actuelle. Elle a pour but, en effet, de faciliter les moyens de faire déclarer l'absence ou de faire constater le décès des militaires, et elle a été remise en vigueur par une loi des 9-12 août 1871 ; en voici les dispositions :

« Art. 1er. Lorsqu'un militaire ou marin en activité pendant les guerres qui ont eu lieu depuis le 21 avril 1792 jusqu'au traité de paix du 20 novembre 1815, aura cessé de paraître, avant cette dernière époque, à son corps et au lieu de son domicile ou de sa résidence, ses héritiers présomptifs ou son épouse pourront dès à présent se pourvoir au tribunal de son dernier domicile, soit pour faire déclarer son absence, soit pour faire constater son décès, soit pour l'une de ces fins au défaut de l'autre.

« Art. 2. Leur requête et les pièces justificatives seront communiquées au procureur du roi, et par lui adressées au ministre de la justice, qui les transmettra au ministre de la guerre ou au ministre de la marine, selon que l'individu appartiendra au service de terre ou à celui de mer, et rendra publique la demande, ainsi qu'il est prescrit à l'égard des jugements d'absence par l'art. 118 du Code civil.

« Art. 3. La requête, les extraits d'actes, pièces et renseignements recueillis au ministère de la guerre ou de la marine, sur l'individu dénommé dans ladite requête, seront ren-

(1) Cass. 23 août 1837, D. 37, 1, 446 ; Caen, 2 mars 1843, *Rev. Caen*, VII, p. 178

voyés, par l'intermédiaire du ministre de la justice, au procureur du roi.

« Si l'acte de décès a été transmis au procureur du roi, il en fera immédiatement le renvoi à l'officier de l'état civil, qui sera tenu de se conformer à l'art. 98 du Code civil.

« Le procureur du roi remettra le surplus des pièces au greffe, après en avoir prévenu l'avoué des parties requérantes, et, à défaut d'acte de décès, il donnera ses conclusions.

« Art. 4. Sur le vu du tout, le tribunal prononcera.

« S'il résulte des pièces et renseignements fournis par le ministre que l'individu existe, la demande sera rejetée.

« S'il y a lieu seulement de présumer son existence, l'instruction pourra être ajournée pendant un délai qui n'excédera pas une année.

« Le tribunal pourra aussi ordonner les enquêtes prescrites par l'art. 116 du Code civil, pour confirmer les présomptions d'absence résultant desdites pièces et renseignements.

« Enfin l'absence pourra être déclarée, ou sans autre instruction, ou après ajournement et enquêtes, s'il est prouvé que l'individu a disparu sans qu'on ait eu de ses nouvelles, savoir : depuis deux ans, quand le corps, le détachement ou l'équipage dont il faisait partie, servait en Europe ; et depuis quatre ans, quand le corps, le détachement ou l'équipage se trouvait hors de l'Europe.

« Art. 5. La preuve testimoniale du décès pourra être ordonnée, conformément à l'art. 46 du Code civil, s'il est prouvé, soit par l'attestation du ministre de la guerre ou de la marine, soit par toute autre voie légale, qu'il n'y a pas eu de registres, ou qu'ils ont été perdus ou détruits en tout ou en partie, ou que leur tenue a éprouvé des interruptions.

« Dans le cas du présent article, il sera procédé aux enquêtes contradictoirement avec le procureur du roi.

« Art. 6. Dans aucun cas, le jugement définitif portant déclaration d'absence ou de décès ne pourra intervenir qu'après le délai d'un an, à compter de l'annonce officielle prescrite par l'art. 2.

« Art. 7. Lorsqu'il s'agira de déclarer l'absence ou de constater en justice le décès des personnes mentionnées en l'art. 1er de la présente loi, les jugements contiendront uniquement les conclusions, le sommaire des motifs et le dispositif, sans que la requête puisse y être insérée. Les parties pourront même se faire délivrer par simple extrait le dispositif des jugements interlocutoires, et s'il y a lieu à enquêtes, elles seront mises en minute sous les yeux des juges.

« Art. 8. Le procureur du roi et les parties requérantes pourront interjeter appel des jugements, soit interlocutoires, soit définitifs.

« L'appel du procureur du roi sera, dans le délai d'un mois à dater du jugement, signifié à la partie au domicile de son avoué.

« Les appels seront portés à l'audience sur simple acte et sans aucune procédure.

« Art. 9. Dans le cas d'absence déclarée en vertu de la présente loi, si le présumé absent a laissé une procuration, l'envoi en possession provisoire sous caution pourra être demandé, sans attendre le délai prescrit par les art. 121 et 122 du Code civil, mais à la charge de restituer en cas de retour, sous les déductions de droit, la totalité des fruits perçus pendant les dix premières années de l'absence.

« Les parties requérantes qui posséderont des immeubles reconnus suffisants pour répondre de la valeur des objets susceptibles de restitution en cas de retour, pourront être admises par le tribunal à se cautionner sur leurs propres biens.

« Art. 10. Feront preuve en justice, dans les cas prévus par la présente loi, les registres et actes de décès des mili-

taires, tenus conformément aux art. 88 et suivants du Code civil, bien que lesdits militaires soient décédés sur le territoire français, s'ils faisaient partie des corps ou détachements d'une armée active ou de la garnison d'une ville assiégée.

« Art. 11. Si les héritiers présomptifs ou l'épouse négligent d'user du bénéfice de la présente loi, les créanciers ou autres personnes intéressées pourront, un mois après l'interpellation qu'ils seront tenus de leur faire signifier, se pourvoir eux-mêmes en déclaration d'absence ou de décès.

« Art. 12. Les dispositions de la présente loi sont applicables à l'absence ou au décès de toutes les personnes inscrites aux bureaux des classes de la marine, à celles attachées par brevets ou commission aux services de santé, aux services administratifs des armées de terre et de mer, ou portées sur les contrôles réguliers des administrations militaires.

« Elles pourront être appliquées par nos tribunaux à l'absence et au décès des domestiques, vivandiers et autres personnes à la suite des armées, s'il résulte des rôles d'équipage, des pièces produites et des registres de police, permissions, passe-ports, feuilles de route et autres registres déposés aux ministères de la guerre et de la marine, ou dans les bureaux en dépendant, des preuves et des documents suffisants sur la profession desdites personnes et sur leur sort.

« Art. 13. Les dispositions du Code civil relatives aux absents, auxquelles il n'est pas dérogé par la présente loi, continueront d'être exécutées. »

470. La loi des 9-12 août 1871 a, comme nous l'avons déjà dit, remis en vigueur les dispositions précitées de la loi du 13 janvier 1817, pour constater judiciairement le sort des Français ayant appartenu aux armées de terre et de mer, à la garde nationale mobile ou mobilisée, à un corps reconnu par le ministère de la guerre, qui ont disparu depuis le

19 juillet 1870, jusqu'au traité de paix du 31 mai 1871. Elle déclare en outre que les mêmes dispositions pourront être appliquées par les tribunaux à tous autres Français qui auraient disparu dans le même temps par suite de faits de guerre, à la différence de la loi de 1817, qui restreignait son application aux militaires et aux gens attachés au service de l'armée.

Les dispositions du Code civil auxquelles il n'a pas été dérogé par la loi de 1817 demeurent applicables aux absents militaires. Il suit de là, que la preuve du décès d'un militaire qui a cessé de paraître à son corps pendant les guerres de 1792 à 1815, peut être faite conformément aux règles du droit commun, et non à celles tracées par la loi du 13 janvier 1817 quand le demandeur réclame un droit subordonné au décès de l'absent, mais sans se prévaloir d'aucun lien de parenté ou d'alliance avec celui-ci, et sans élever aucune prétention sur ses biens (1).

Nous avons cru devoir reproduire dans son entier le texte de la loi de 1817, parce qu'il doit, selon nous, servir de base à la révision que réclament les dispositions surannées du titre de l'absence. L'incertitude sur l'existence d'une personne qui a disparu, ne peut plus se prolonger aujourd'hui aussi longtemps qu'à l'époque où fut promulgué le Code civil; il est donc nécessaire de mettre la législation en harmonie avec la réalité des faits.

(1) Cass. 19 juin 1872, S. 72, 1, 435.

FIN DU TOME PREMIER.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME PREMIER.

PROLÉGOMÈNES

Pages.

PRÉFACE. V

§ 1er. — **Du droit et de la loi dans le domaine de l'abstraction.**

1. — Le droit a pour base l'*égalité*. 13
2. — L'égalité est la *justice* ou l'*équité*. 15
3. — L'égalité implique la *liberté*. 15
4. — La loi doit être faite par la majorité. 15
5. — Démonstration. 16
6. — Le droit formulé en préceptes obligatoires constitue le *droit positif*. 17
7. — Qu'est-ce que le droit naturel? 17
8. — Le droit naturel, autrefois confondu avec la théologie en a été séparé depuis Grotius 18
9. — Le droit naturel doit être séparé de la morale. Notion de l'ordre public et de l'ordre moral 18
10. — Dans chaque nation le droit positif doit tendre vers l'unité. 20

§ 2. — **Du droit et de la loi dans le domaine des faits.**

11. — Origine des Gaulois 21
12. — Condition des Gaulois dans l'Empire romain. 21
13. — Introduction du droit romain dans les Gaules. 22
14. — Invasions barbares; *personnalité* des lois 23
15. — Tentatives vers l'unité; *capitulaires* de Charlemagne. . . 23
16. — Etablissement de la féodalité; *territorialité* des lois, coutumes. 24
17. — Pays de coutume et pays de droit écrit 24
18. — Rédaction des coutumes. 26
19. — Caractère du droit coutumier; est-il l'expression d'un droit national antérieur? 27
20. — Comment fut faite la rédaction des coutumes 29
21. — Les coutumes furent une consécration du passé. . . . 29
22. — Tentatives nouvelles vers l'unité. Ordonnances des rois de France 30
23. — Recueils d'ordonnances 31
24. — Louis XIV et Louis XV; grandes ordonnances 32
25. — Influence des Parlements. 33
26. — La Révolution. La codification et les travaux de la Convention. 33
27. — Gouvernement consulaire. Rédaction du Code civil. . . . 34
28. — Abrogation générale de la législation antérieure. 35

Pages.
29. — Principes du Code civil 35
30. — La codification et l'école historique 36

TITRE PRÉLIMINAIRE.

De la publication, des effets et de l'application des lois en général.

§ 1er. — De la formation de la loi.

31. — Notion générale sur le fonctionnement du pouvoir législatif : de l'initiative parlementaire. 39
32. — Ce qu'était la sanction de la loi 40
33. — Rôle du Sénat et de la Chambre des députés dans la confection des lois. 41
34. — Des lois de finances; — Pouvoir réglementaire. 41
35. — Art. 1er du Code civil 42
36. — De la promulgation 42
37. — Date de la loi 43
38. — De la publication de la loi. 45
39. — De l'insertion au *Journal officiel* et au *Bulletin des lois*. . 47
40. — De la distinction entre la *promulgation* et la *publication* des lois 47
41. — Des conventions diplomatiques. 50
42. — Des décrets et arrêtés 51
43. — De la promulgation et de la publication des lois en Algérie. . 51
44. — *Id.* dans les Antilles et autres colonies 52
45. — De la loi votée et non encore promulguée 54
46. — Effets hors du territoire français d'une loi promulguée en France 55

§ 2. — De l'abrogation de la loi. — Du droit non écrit.

47. — Notion de l'abrogation 56
48. — *Quid* en cas d'occupation d'un territoire français par une armée ennemie ? 57
49. — La désuétude ou l'usage contraire ne peuvent entraîner l'abrogation de la loi. 58
50. — Conséquences de la doctrine contraire. 59
51. — Du droit non écrit; usages locaux. 60
52. — La violation d'un usage donne-t-elle ouverture à cassation? . 60
53. — *Quid* à l'égard du droit musulman en Algérie et dans l'Inde? 61

§ 3. — Des effets et de l'application de la loi dans le domaine du temps.

a) *Généralités.*

54. — Art. 2 du C. C. La loi n'a pas d'effet rétroactif. 62

Pages.
55. — Application aux lois pénales. 62
56. — Application aux lois politiques. 64
57. — Application aux lois civiles. 64
58. — Notion précise de la rétroactivité d'une loi. 65
59. — Règles à formuler sur ce point. 66
60. — Distinction entre le droit (acquis) et l'intérêt. 66
61. — Mission qui en résulte pour le juge 67

b) *Application aux lois concernant les personnes.*

62. — Lois sur la nationalité. 68
63. — Lois sur la capacité des personnes; majorité, minorité. . . 69
64. — Puissance paternelle, tutelle, interdiction. 69
65. — Mariage, puissance maritale. 71
66. — Reconnaissance des enfants naturels; pouvoir du législateur dans les matières ci-dessus énumérées. 72

c) *Application aux lois concernant la propriété.*

67. — Lois modifiant la nature mobilière ou immobilière des biens. 73
68. — Distinction, au point de vue de l'effet rétroactif, entre le droit de propriété et l'usage de ce droit. 75
69. — Dans quelle mesure, d'après la jurisprudence, les arrêtés municipaux peuvent régler ou modifier l'usage du droit de propriété. 76
70. — La loi peut modifier rétroactivement le droit lui-même de propriété. 77
71. — Suite. 78

d) *Application aux lois concernant les contrats.*

72. — Les règles concernant la forme des contrats dérivent de la loi ancienne. 79
73. — Comparaison avec les testaments dont les formes sont régies par la loi nouvelle. 79
74. — Les causes de nullité ou de rescision, etc., soit par voie d'action, soit par voie d'exception, sont régies par la loi ancienne. Application à la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme. 80
75. — Il en est de même des causes de résolution. 81
76. — Les lois relatives au taux de l'intérêt ne rétroagissent pas. 81
77. — Les lois modifiant les conditions économiques ayant présidé aux contrats anciens laissent subsister ces contrats; exemples tirés des décrets établissant la liberté de la boucherie et de la boulangerie. 82
78. — Les droits réels résultant des contrats ne sont pas atteints par les lois nouvelles; exception admise par la jurisprudence pour les formes de publicité en matière hypothécaire. . 83
79. — De la distinction entre les *effets* et les *suites* des contrats. . 84
80. — Application au partage sous une loi nouvelle d'une société formée sous une loi ancienne. 85
81. — Application au contrat de mariage quant à certaines consé-

Pages.

quences pouvant se produire sous une loi nouvelle. . . . 86
82. — Les modes de preuve sont déterminés par la loi en vigueur au moment du contrat. 86
83. — La loi nouvelle régit la procédure, la compétence et l'exécution. 87

e) *Application aux lois concernant les successions et la prescription.*

84. — L'aptitude à succéder n'est pas un droit, mais une simple expectative. 87
85. — De la capacité de tester. 89
86. — La prescription commencée ne produit qu'une expectative. . 89
87. — Cas où une loi nouvelle établit ou supprime un mode d'interruption ou de suspension de prescription. 90

f) *Du pouvoir qui appartient au législateur de faire des lois rétroactives, c'est-à-dire portant atteinte à un droit.*

88. — Le principe de la non-rétroactivité des lois n'est pas d'ordre constitutionnel. 90
89. — Le législateur peut donc faire des lois rétroactives; comparaison de la rétroactivité avec l'expropriation pour cause d'utilité publique. 91
90. — Exemple tiré de la loi du 10 juin 1843. 92
91. — Autre exemple. 92
92. — Dans le cas de dérogation tacite au principe de la non-rétroactivité, le juge doit rechercher quelle a été la volonté du législateur d'après le texte et l'économie de la loi à appliquer. 93
93. — Les lois d'ordre public doivent-elles être considérées comme rétroactives; à raison de leur nature et indépendamment de toute disposition spéciale? 95
94. — Des lois interprétatives. 96
95. — De la rétroactivité en cas d'annexion de territoire et autres hypothèses spéciales. 96

§ 4. — Des effets et de l'application de la loi quant aux personnes et quant aux choses.

a) *Aperçus sur l'ancienne théorie des statuts.*

96. — Sens du mot *personne* et du mot *chose*. 97
97. — Les lois d'un pays peuvent s'appliquer aux étrangers. . . 98
98. — Historique. Les pérégrins à Rome et les Barbares. . . . 99
99. — Résultats des invasions, personnalité des lois d'abord inconnue des barbares. 100
100. — Transformation des lois en coutumes *territoriales*. . . . 101
101. — Nouveau principe de la *personnalité* des lois, distinct de l'ancienne personnalité des lois barbares. 102
102. — Origine de la *théorie des statuts;* doctrine italienne. . . . 103
102 *bis*. — Doctrine française. 104
103. — Doctrine hollandaise ; anglo-américaine. 104
104. — Point de vue des rédacteurs du Code civil. 105
105. — Texte de l'art. 3, C. C. 106

Pages.
106. — Remarques sur ce texte. 106

b) *Des lois de police et de sûreté.*

107. — Souveraineté et indépendance de chaque Etat. 107
108. — Les lois de police obligent tous ceux qui *habitent* le territoire; — des portions du territoire occupées par une armée ennemie. 108
109. — De la loi du 27 mai 1855 sur la relégation des récidivistes; de la loi sur les faillites 109
110. — De la loi du 28 mars 1882 sur l'obligation de l'instruction primaire. 109
111. — Lois relatives au divorce et à la séparation de corps; de la compétence des tribunaux français en cette matière. . . 110
112. — Les étrangers peuvent invoquer les avantages résultant des lois de police et de sûreté. 111
113. — Immunités des agents diplomatiques 112
114. — Règles générales de compétence 112

c) *Des lois concernant les immeubles.*

115. — Signification et portée de l'art. 3, § 2, relatif aux immeubles. 113
116. — Les immeubles individuels sont régis par la *lex rei sitûs*. . 114
117. — Applications : 1° détermination de la nature immobilière d'un bien 115
118. — 2° Détermination de la nationalité d'une parcelle de territoire. 115
119. — 3° Détermination des droits réels pouvant affecter un immeuble 115
120. — 4° Modes d'aliénation, d'acquisition, etc., des immeubles. . 116
121. — 5° Compétence des tribunaux français en matière immobilière. 116
122. — Des immeubles considérés comme dépendant de la succession d'un étranger; ils forment l'objet principal, sinon exclusif, de l'art. 3, § 2. 117
123. — Le législateur a voulu consacrer la prépondérance de la *lex rei sitûs* en matière de succession. 118
124. — Les traités diplomatiques le démontrent 118
125. — De la jurisprudence en cette matière : applications diverses. 119
126. — Opinion de quelques auteurs voulant restreindre la portée de l'art. 3, § 2, aux seuls immeubles individuels. 121
127. — Critique de la doctrine consacrée par l'art. 3, § 2. . . . 121
128. — Nécessité d'une réforme, déjà réalisée par le Code italien, et actuellement en préparation en Belgique. 123
129. — Renvoi pour les lois autres que les lois de succession pouvant affecter les immeubles. 124

d) *Des lois concernant les meubles; — spécialement des meubles individuels.*

130. — Sens de la règle : *mobilia sequuntur personam*, implicitement conservée par le Code civil. 124
131. — Les meubles individuels doivent être soumis à la *lex rei sitûs*. 125
132. — Applications : 1° à la détermination de la nature d'un bien ;

Pages.

2° aux droits réels dont un meuble peut être grevé ; 3° aux modes de transmission, spécialement pour les traites négociables et les navires ; 126
133. — 4° à l'accession et à la spécification, à la possession et à la prescription des meubles, à leur attribution par déshérence. 127
134. — Des meubles incorporels ; les droits de créance sont situés au domicile du débiteur 128
135. — De la compétence des tribunaux français en matière personnelle et mobilière 129

e) *Des lois concernant les meubles ; — spécialement des successions mobilières.*

136. — La succession mobilière d'un étranger est régie, en principe, par la loi nationale du défunt, et non par celle de son domicile 130
137. — Application aux donations mobilières et aux promesses d'égalité. 131
138. — Des lois fiscales 132
139. — Règles de compétence. 132

f) *Des lois concernant l'état et la capacité des personnes.*

140. — Le statut personnel est déterminé par la nationalité et non par le domicile. Signification et portée de l'art. 3, § 3. Les étrangers peuvent invoquer en France leur statut personnel. 133
141. — Cas dans lesquels le statut personnel de l'étranger est déterminé par son domicile. 135
142. — Justification de la nationalité par celui qui invoque un statut étranger. De celui qui est en même temps français et étranger. 135
143. — De celui qui ne peut justifier d'aucune nationalité, ou qui appartient à deux nationalités étrangères. 136
144. — Des personnes morales ayant leur siège en pays étranger . . 137
145. — Les lois concernant le mariage rentrent dans le statut personnel, ... 138
146. — Ainsi que les lois concernant le divorce et la séparation de corps, ... 138
147. — Et toutes les conséquences du mariage 138
148. — De la légitimation par mariage subséquent 139
149. — De la tutelle. 139
150. — De la puissance maritale et de la puissance paternelle. . . 140
151. — De la dette alimentaire. 142
152. — Théorie de l'*intérêt français ;* applications à la tutelle et à l'usufruit légal. 142
153. — A la dette alimentaire. 144
154. — Aux lois qui fixent la majorité des individus 144
155. — A la capacité de la femme. 145
156. — Textes du projet belge sur l'état et la capacité des personnes. 145
157. — Règles de compétence. 146

Pages.

158. — Les jugements étrangers statuant sur des questions d'état ne sont pas soumis à la nécessité de l'*exequatur*. 148

g) *Des lois concernant les obligations.*

159. — C'est l'intention des parties qui détermine la loi applicable aux contrats, ou obligations conventionnelles. 149
160. — A défaut de stipulation, on applique la loi du lieu où le contrat a été conclu. 150
161. — Mais les parties peuvent choisir la loi du lieu d'exécution. . 150
162. — Il faudra quelquefois tenir compte de la qualité des parties. 150
163. — Application des règles qui précèdent au régime matrimonial. 151
164. — Application à la prescription 153
165. — Obligations dérivant des quasi-contrats, des délits civils et des quasi-délits ; elles sont régies par la loi du lieu où s'est produit le fait obligatoire. 153
166. — Texte du projet belge. 154

h) *Des lois concernant la forme des actes, l'exécution et la preuve.*

167. — Sens de la règle *locus regit actum*. 155
168. — Les actes pour lesquels la forme authentique est prescrite en France, sont-ils valablement faits sous seing privé, en pays étranger, si la loi du lieu le permet ? 156
169. — Application de la règle aux actes instrumentaires. . . . 158
170. — La règle *locus regit actum* est-elle impérative ou facultative? Précision à l'égard des actes simplement unilatéraux. . . 159
171. — Texte du projet belge concernant les points ci-dessus. . . 161
172. — Compétence des consuls et agents diplomatiques français à l'étranger. 162
173. — Exécution des contrats, compétence, procédure. 162
174. — Modes ou moyens de preuve. 163
175. — Texte du projet belge concernant les points ci-dessus. . . 163
176. — L'erreur sur une disposition d'une loi étrangère ne peut donner ouverture à cassation. 164

§ 5. — **De l'interprétation, de l'application et de l'observation des lois.**

a) *Interprétation et application des lois.*

177. — Possibilité théorique d'une lacune dans la loi; texte de l'article 4, C. C. 165
178. — Nécessité d'interpréter la loi : Interprétation législative, judiciaire, doctrinale. 165
179. — Devoirs et pouvoirs du juge; peut-il juger la constitutionnalité de la loi ou des décrets réglementaires ? 166
180. — Quand y a-t-il déni de justice ? 167
181. — Effets du déni de justice. 168
182. — Incompétence du juge; conflit négatif et positif de juridiction ou d'attribution. 168
183. — Limites tracées aux pouvoirs du juge. Texte de l'art. 5, C. C. 170
184. — Sens de la prohibition contenue dans l'art. 5. 170

Pages.

185. — Les tribunaux peuvent-ils prononcer pour l'avenir des défenses, avec sanction pénale déterminée? 171

b) *Observation de la loi par les particuliers.*

186. — Texte de l'art. 6, C. C.; — Notions de l'*ordre public*, des *bonnes mœurs* et des *mœurs*. 173
187. — Inutilité pratique de l'art. 6, en ce qui touche les dérogations aux lois, dites d'ordre public. 174
188. — Démonstration : 1° Quant aux lois d'impôt. 175
189. — 2e Quant aux lois réglant l'ordre des juridictions. . . . 176
190. — 3° Quant aux lois réglant l'état et la capacité des personnes. 177
191. — 4° Quant aux lois garantissant l'intérêt des tiers. . . . 179
192. — *Quid* des lois pénales ?. 179
193. — Inutilité pratique de l'art. 6 en ce qui concerne les dérogations aux lois intéressant les bonnes mœurs. — Des conventions contraires aux bonnes mœurs. 180
194. — *Criterium* pour reconnaître ce qui est contraire aux *bonnes mœurs;* opinion de M. Laurent. 181
195. — Les bonnes mœurs sont les habitudes encouragées et protégées par le législateur lui-même; démonstration : cinq classes principales d'habitudes encouragées par le législateur. 181
196. — Application résultant de la jurisprudence. 183
197. — Résumé de la doctrine qui précède. 185
198. — Des dérogations aux lois qui n'intéressent ni l'ordre public, ni les bonnes mœurs; des lois dites *prohibitives*. 186
199. — Des lois dites *impératives;* distinction entre les formalités substantielles et les formalités accidentelles. 187
200. — Des lois dites *déclaratives*. 188
201. — Des nullités; distinction entre les actes inexistants et les actes annulables. — De la renonciation aux nullités; de la fraude à la loi. 188

LIVRE PREMIER

Des personnes.

Aperçus généraux sur les diverses espèces de personnes.

202. — Rappel de la notion de la personne. — Des personnes morales ou de création juridique. 191
203. — État, département, communes. 192
204. — Fonction naturelle de l'État. 192
205. — I. *Assistance publique*. Personnes morales se rattachant à l'assistance publique. 193
206. — II. *Enseignement, beaux-arts*, etc. Personnes morales se rattachant à cet ordre d'idées. 195

Pages.
207. — III. *Culte.* Personnes morales rattachées à l'exercice d'un culte. 195
208. — Les personnes morales ci-dessus énumérées forment la classe des *établissements publics*. 196
209. — Des établissements d'*utilité publique* 196
210. — De la liberté d'association et de la personnalité civile . . . 197
211. — Etablissements religieux d'utilité publique rattachés à l'assistance publique ou au culte. 199
212. — Etablissements laïques d'utilité publique se rattachant à l'assistance. 199
213. — Etablissements d'utilité publique se rattachant à l'enseignement, aux lettres, sciences, etc. 200
214. — Ou à l'exécution de certains travaux; syndicats. 200
215. — Des syndicats professionnels. 201
216. — Les établissements publics forment ce qu'on appelle les personnes morales *publiques;* leur régime. 202
217. — Personnes morales *privées;* leur régime 203

TITRE PREMIER.

De la jouissance et de la privation des droits civils.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS.

§ 1er. — Généralités.

218. — Diverses espèces de droits. 207
219. — Distinction entre la jouissance et l'exercice des droits. . . 208
220. — Art. 7; — L. 27 juin 1889. 209

§ 2. — De la nationalité française de naissance.

221. — Art. 8-1°. Notion de la nationalité. 210
222. — Art. 8-2°. Français de naissance; *a*) Enfants issus de parents français; enfants légitimes. 213
223. — Enfants naturels. 214
224. — Changement de nationalité du père ou de la mère entre la conception et la naissance de l'enfant. 215
225. — *b*) Enfants nés de parents inconnus. 217
226. — *c*) Individus nés en France d'un étranger qui y est né; art. 8-3°. 218
227. — Loi du 12 février 1851. 219
228. — Réforme opérée par la loi du 27 juin 1889 220
229. — Naissances fortuites sur le sol français 221
230. — Enfants d'agents diplomatiques nés en France. 222
231. — Réclamation de la qualité d'étranger. 223

Pages.

232. — *d*) Individus nés en France d'un étranger né hors de France ; art. 8-4°. 224

§ 3. — **Etrangers naturalisés français.**

233. — Art. 8-5°. Divers systèmes de naturalisation. 226
234. — Système consacré par la loi actuelle. 229
235. — Du stage préalable à la naturalisation. 230
236. — Formes de la demande en naturalisation ; pièces à produire. 232
237. — L'étranger qui demande sa naturalisation en France doit avoir vingt-et-un ans. 233

§ 4. — **Naturalisation dans les colonies et les pays annexés.**

238. — La loi du 27 juin 1889 est applicable à la Guadeloupe, à la Martinique et à la Réunion 235
239. — Algérie. Les natifs musulmans sont français, mais non *citoyens;* admission à la jouissance des droits de citoyen français. 235
240. — Les indigènes israélites sont citoyens français. 237
241. — Naturalisation des étrangers résidant en Algérie. . . . 238
242. — Inde française. Faculté accordée aux natifs de renoncer à leur statut personnel. 239
243. — Cochinchine française. Les indigènes peuvent devenir citoyens français à partir de 21 ans. 240
244. — Naturalisation des étrangers résidant en Extrême-Orient. . 241
245. — Nouvelle-Calédonie. Naturalisation des étrangers établis en Nouvelle-Calédonie. 241
246. — Pays protégés. Tunisie et Indo-Chine. 242
247. — Taïti. 243
248. — Autres possessions françaises. 243
249. — Effets de la naturalisation obtenue dans les colonies. . . 243
250. — Des annexions de territoire. 244
251. — Annexion de l'île Saint-Barthélemy. 245
252. — Annexion de la Savoie et du Comté de Nice. 246
253. — Annexion de Menton et de Roquebrune ; rectification de frontière dans la vallée de Dappes. 247

§ 5. — **Effets de la naturalisation.**

254. — Naturalisation *ordinaire* et *extraordinaire; grande* naturalisation. 247
255. — Grande naturalisation mal à propos rétablie par la loi du 27 juin 1889. 248
256. — La naturalisation n'a pas d'effet rétroactif. 249
257. — Situation des naturalisés à l'égard de leur pays d'origine. . 249

§ 6. — **Français par l'effet de la loi.**

258. — Principe général. 250
259. — I. Enfants d'étrangers nés en France, mais n'y étant pas do-

Pages.
miciliés à l'époque de leur majorité ; art. 9. 250
260. — Leur condition avant l'âge de vingt-et-un ans. 252
261. — Des déclarations d'option faites par eux ou en leur nom ; pièces à produire. 255
262. — II. Enfants issus de parents ayant perdu la qualité de Français ; art. 10. 256
263. — Enfants et petits-enfants d'individus devenus français par l'annexion de leur pays, et redevenus étrangers par la séparation de ce même pays. 258
264. — Descendants des religionnaires français. 259
265. — III. De l'étrangère ayant épousé un Français, ou un étranger se faisant plus tard naturaliser français. 259
266. — Condition des enfants mineurs dans ce dernier cas. . . . 260
266 *bis*. — Règles générales sur la preuve de la nationalité. . . . 261

§ 7. — **Condition des étrangers en France.**

267. — De leur admission à domicile. 263
268. — Ils peuvent avoir un domicile en France, sans autorisation spéciale. 264
269. — Effets de l'admission à domicile quant à la femme et aux enfants. 266
270. — Formes de la demande d'admission à domicile ; pièces à produire. 267
271. — De l'étranger non admis à domicile. 268
272. — De la réciprocité diplomatique et de la réciprocité de fait ; de la *rétorsion*. 269
273. — Portée exacte de l'art. 11. 270
274. — De la distinction entre les droits dérivant du droit naturel ou des gens, et ceux dérivant du droit civil ; rejet. 271
275. — Autres systèmes ; l'art. 11 s'applique uniquement aux droits réservés exclusivement aux Français, les étrangers jouissent de plein droit de tous les autres. 272
276. — Enumération de ces droits. 274
277. — De la faculté pour le gouvernement français d'expulser les étrangers ; limites résultant des traités. 276

§ 8. — **Condition des étrangers en France** (suite).

278. — L'étranger peut être traduit devant les tribunaux français, dans tous les cas, en matière personnelle, art. 14 . . . 278
279. — Champ d'application de l'art. 14. 280
280. — De la renonciation par le Français à la prérogative résultant de l'art. 14. 281
281. — Dérogation à l'art. 14 résultant de traités diplomatiques. . 283
282. — Devant quel tribunal français l'action doit être portée. . . 283
283. — Les étrangers ont droit d'action devant les tribunaux français contre un Français, art. 15. 283
284. — Les étrangers demandeurs au civil sont soumis à la nécessité

Pages.
de donner caution *judicatum solvi*, art. 16. 285
285. — Cas d'exception 286
286. — Enumération des divers traités diplomatiques dérogeant à l'art. 16. 286

CHAPITRE II.

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

SECTION PREMIÈRE. — *De la privation des droits civils par la perte de la qualité de Français.*

§ 1er. — **Perte de la qualité de Français résultant de l'acquisition d'une nationalité étrangère.**

287. — Différents cas prévus par l'art. 17. 289
288. — Cette acquisition doit être volontaire, ... 290
289. — Et complète 291
290. — Y a-t-il des naturalisations acquises en fraude de la loi ? . . 291
291. — De l'autorisation du gouvernement dans les cas prévus par l'art. 17. 293
292. — La qualité de Français après avoir été perdue peut être recouvrée, art. 18. 295
293. — Condition de la femme française qui a épousé un étranger, art. 19 295
294. — L'acquisition ou le recouvrement de la qualité de Français n'a pas d'effet rétroactif, art. 20. 297
295. — Du Français qui a pris du service militaire à l'étranger, art. 21. 297
296. — Abrogation des lois antérieures par la loi du 27 juin 1889. . 298
297. — Des individus paraissant avoir deux patries ou n'en ayant aucune 298

§ 2. — **Perte de la qualité de Français résultant d'un démembrement du territoire.**

298. — Traités de 1814 et de 1815. 300
299. — Traité de Francfort du 10 mai 1871, concernant l'Alsace et la Lorraine. 301
300. — Droit d'option reconnu aux mineurs. 301
301. — De la réintégration des Alsaciens-Lorrains et autres dans la nationalité française ; formes de la demande, pièces à produire. 302

SECTION II. — *De la privation des droits civils par suite de condamnation judiciaire.*

302. — Règles générales. 304
303. — De la mort civile, art. 22 à 32 ; son abrogation 304
304. — Les condamnations à une peine perpétuelle entraînent : 1° la

Pages.
dégradation civique; 2° l'interdiction légale; 306
305. — 3° Certaines incapacités spéciales de disposer et de recevoir. 308
306. — Les condamnations à une peine afflictive et infamante temporaire, ou seulement infamante, entraînent : 1° La dégradation civique; 2° l'interdiction légale. 309
307. — Effets des condamnations à une peine correctionnelle. . . 310
308. — De la relégation. 311

TITRE DEUXIÈME.

Des actes de l'état civil.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

§ 1er. — De la rédaction des actes, et de la tenue des registres.

309. — Signification des expressions : *actes de l'état civil*. . . . 312
310. — Des officiers de l'état civil; leurs fonctions; suppléance, délégation. 314
311. — Des délégations irrégulières en cas de troubles ou d'insurrection; loi du 6 janvier 1872. 316
312. — Rôle de l'officier de l'état civil. 318
313. — De la rédaction des actes. 318
314. — Suite ; déclarations des comparants, art. 35. 319
315. — Des déclarants et des parties intéressées, art. 36. 320
316. — Des témoins, art. 37. 321
317. — Lecture des actes aux parties; tenue des registres, art. 38 à 44. 322
318. — Publicité des registres, art. 45. 323
319. — Force probante des extraits. 324
320. — Force probante des actes 325

§ 2. — Inexistence ou perte des registres.

321. — L'art. 46 n'est pas limitatif. 326
322. — L'art. 46 exige : 1° Une preuve *préalable;* 2° une preuve *subséquente*. 327
323. — Cette exigence est souvent méconnue, par exemple en cas *d'omission*. 328
324. — Suite. 331
325. — Des actes rédigés sur une feuille volante; résumé. . . . 331
326. — Comment doivent se faire la preuve *préalable* et la preuve *subséquente*. 333

§ 3. — Des actes de l'état civil en pays étranger ou dans les colonies françaises.

327. — De la preuve des faits intéressant l'état civil qui se sont pro-

Pages.
duits sous l'empire d'une loi étrangère, art. 47. . . . 335
328. — Des actes dressés à l'étrangor par les agents diplomatiques ou consulaires français. 336
329. — Traités diplomatiques relatifs à la communication réciproque des actes de l'état civil. 337
330. — Organisation de l'état civil dans les colonies et en Algérie. . 338

§ 4. — **De la responsabilité des officiers de l'état civil.**

331. — Art. 49 à 54. — Responsabilité pénale et pécuniaire. . . 339

CHAPITRE II.

DES ACTES DE NAISSANCE.

332. — Art. 55. — Quel est l'officier compétent ? 342
333. — Délai de la déclaration. 343
334. — Déclarations tardives. 344
335. — Présentation de l'enfant à l'officier de l'état civil. . . . 345
336. — Des enfants mort-nés. 345
337. — Art. 56. — Des personnes tenues de faire les déclarations de naissance. 346
338. — Art. 57. — Enonciations que doit contenir l'acte de naissance. 347
339. — Art. 58 à 61. — Enfants trouvés, ou nés durant un voyage en mer. 349
340. — Art. 62. — Enfants naturels reconnus. 350

CHAPITRE III.

DES ACTES DE MARIAGE.

341. — Art. 70. — Documents à remettre à l'officier de l'état civil; des attestations d'identité. 351
342. — Suite; actes de notoriété, art. 71, 72. 352
343. — Preuve du consentement des personnes appelées à consentir au mariage, art. 73, ou de leur décès. 354
344. — Autres justifications à faire par les parties. 355
345. — Célébration du mariage, art. 74, 75. Les futurs conjoints doivent comparaître en personne. 356
346. — Art. 76. — Enonciation que doit contenir l'acte de mariage. 358

CHAPITRE IV.

DES ACTES DE DÉCÈS.

347. — Art. 77. — Des permis d'inhumation. 360
348. — De la liberté des funérailles ; Loi du 18 novembre 1887. . . 361
349. — De l'incinération des cadavres ; Décret du 27 avril 1889; monopole des inhumations. 364
350. — Des déclarations de décès, art. 78, qu'il ne faut pas confondre avec les demandes de permis d'inhumation ou d'incinération. 365
351. — Ces demandes valent-elles comme déclaration de décès ? . . 366

Pages.
352. — Enonciations que doit contenir l'acte de décès. 367
353. — Constatation des décès survenus dans les hôpitaux, prisons, voyages en mer, etc., art. 80 à 87. 367

CHAPITRE V.

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL CONCERNANT LES MILITAIRES HORS DU TERRITOIRE DE LA RÉPUBLIQUE.

354. — Les art. 88 à 98 ont pour but de déroger aux art. 47 et 48. 370

APPENDICE AUX CHAPITRES IV ET V.

DES CAS OU LE CORPS DU PRÉTENDU MORT N'EST PAS REPRÉSENTÉ.

355. — En principe, la procédure de l'absence est seule applicable dans ces hypothèses. 372
356. — Il en est autrement pour les décès arrivés dans les mines; Décret du 3 janvier 1813; 372
357. — Ainsi que pour les militaires disparus dans les guerres de la République et du premier Empire; Loi du 13 avril 1817. . 373
358. — La doctrine et la jurisprudence admettent, sous prétexte d'analogie, une extension non justifiée du décret du 3 janvier 1813. 375

CHAPITRE VI.

DE LA RECTIFICATION DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

359. — Art. 99. Cas dans lesquels il y a lieu à rectification . . 376
360. — Qui peut demander la rectification? Le ministère public le peut-il 377
361. — Compétence et procédure. 380
362. — Art. 108. Effets du jugement de rectification, d'abord à l'égard des parties en cause. 381
363. — Ensuite à l'égard des tiers intéressés ou non. 381
364. — Art. 101. Inscription sur les registres des jugements de rectification. 382
365. — De la création d'un *casier civil* analogue au *casier judiciaire* . 383

TITRE TROISIÈME.

Du domicile.

366. — Notion du domicile, art. 102 386
367. — Raison d'être du domicile 386
368. — Intérêt que présente la constatation du domicile 388
369. — Du domicile *général* 389

Pages.
370. — Le Français peut avoir son domicile à l'étranger 390
371. — De l'unité du domicile : 1° à l'égard des particuliers . . . 390
372. — 2° à l'égard des personnes morales. 391
373. — Du principal établissement; domicile d'*origine* 392
374. — Changement de domicile, art. 103, 104 et 105; domicile de *choix* 393
375. — La détention n'empêche pas la conservation de l'ancien domicile. 395
376. — Ni la condamnation au bannissement; ni l'interdiction de séjour 395
377. — Ni l'expulsion d'une colonie d'un Français qui y est domicilié; 395
378. — Ni l'arrestation et l'envoi en France d'un Français domicilié à l'étranger. 396
379. — L'exil entraîne la perte du domicile 397
380. — De la liberté de la résidence et de l'inviolabilité du domicile. 397
381. — Des fonctions publiques dans leur rapport avec le domicile, art. 106 et 107. 398
382. — Domicile *légal* de certaines personnes, art. 108. — Influence de la naturalisation du mari à l'étranger, et de la séparation de corps 400
383. — *Quid* si le mari interdit a un tuteur autre que sa femme . . 401
384. — Du domicile des mineurs et interdits 401
385. — Leur domicile chez le tuteur est une sorte de *domicile élu* . 402
386. — Conséquence quant au domicile de la femme de l'interdit. . 404
387. — Du domicile des enfants mineurs en cas de divorce des père et mère 404
388. — Domicile des enfants naturels 405
389. — Cessation du domicile légal des incapables 405
390. — Domicile légal des majeurs travaillant chez autrui, art. 109 . 406
391. — Le domicile détermine le lieu de l'ouverture de la succession, art. 110. 407
392. — Compétence des tribunaux civils pour les questions de domicile 408
393. — Du domicile élu, art. 111, ses effets 408

TITRE QUATRIÈME.

Des absents.

Observations préliminaires.

394. — Terminologie 413
395. — Double intérêt que présente la constatation de l'état d'absence d'une personne 413
396. — Aperçu général sur la théorie de la loi en matière d'absence. 414
397. — Appréciation critique 416

Pages.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PRÉSOMPTION D'ABSENCE.

398. — Du présumé absent; mesures à prendre dans son intérêt, art. 512 418
399. — Personnes ayant qualité pour provoquer ces mesures . . . 420
400. — Procédure à observer. 421
401. — Du tribunal compétent 422
402. — Nomination d'un administrateur; commission d'un notaire en cas de partage, art. 113 424
403. — Mission du ministère public, art. 114 426
404. — Les règles ci-dessus ne peuvent être étendues aux non-présents. 427
405. — Du cas où la présence d'un Français serait nécessaire en pays étranger; pouvoirs généraux des consuls. 429
406. — La représentation des Français dans les successions ouvertes à leur profit en pays étranger est assurée par des conventions diplomatiques; énumération et analyse de ces conventions 430
407. — Les règles du Code civil sont-elles applicables aux étrangers possédant des biens en France? 434
408. — Cessation de la présomption d'absence. 435

CHAPITRE II.

DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE.

409. — Quand l'absence peut-elle être déclarée. 436
410. — *Quid* si l'absent a laissé une procuration? art. 121 et 122. . 437
411. — Des pouvoirs d'appréciation du juge dans cette hypothèse. . 438
412. — Personnes ayant qualité pour provoquer la déclaration d'absence. 440
413. — *Quid* de leurs créanciers? Distinction nécessaire 440
414. — Du ministère public; du tribunal compétent 442
415. — Un tribunal français pourrait-il déclarer l'absence d'un étranger? Solution affirmative 442
416. — Procédure de l'instance en déclaration d'absence, art. 116 à 119. 445

CHAPITRE III.

DES EFFETS DE L'ABSENCE.

SECTION PREMIÈRE. — *Des effets de l'absence, relativement aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition.*

§ 1er. — **De l'envoi en possession.**

417. — Caractère de l'envoi en possession provisoire 447

Pages.

418. — Personnes ayant qualité pour demander cet envoi en possession 448
419. — Sur quels biens il porte. 450
420. — De l'exercice des droits subordonnés au décès de l'absent, art. 123 451
421. — Procédure à suivre par les intéressés. 452

§ 2. — **Effets de la déclaration d'absence sur les contrats intéressant l'absent, spécialement sur le contrat de mariage.**

422. — Des contrats de bail et de société 453
423. — Contrat de mariage; régime de la communauté; droit d'option accordé au conjoint présent, art. 124 454
424. — Cas où l'époux présent a opté pour la continuation de la communauté 455
425. — Pouvoirs du mari dans ce cas 456
426. — Pouvoirs de la femme dans le même cas 456
427. — Règles communes à l'un et à l'autre; cessation de leur administration légale 457
428. — Cas où l'époux présent opte pour la dissolution provisoire de la communauté. 458
429. — Il doit donner caution 459
430. — Il n'est pas tenu de faire inventaire; il ne peut revenir sur son option 460

§ 3. — **Droits et obligations des envoyés en possession provisoire.**

431. — Les envoyés en possession doivent donner caution. . . . 462
432. — Ils doivent faire inventaire; vente du mobilier, art. 126 . . 463
433. — Autres obligations des envoyés en possession 464
434. — Caractère de la possession provisoire, art. 125; pouvoirs des envoyés en possession, art. 134. 465
435. — De l'aliénation des meubles dont le tribunal n'a pas ordonné la vente 466
436. — Prohibition d'aliéner les immeubles, art. 128 468
437. — Les envoyés sont, entre eux, co-administrateurs et non cohéritiers 470
438. — Ils ont la même qualité à l'égard des tiers 471
439. — Paiement provisoire des droits de mutation 473
440. — Les envoyés en possession sont rémunérés sur les fruits, art. 127. 473
441. — Cessation de la possession provisoire. 475

§ 4. — **Envoi en possession définitive.**

442. — Quand l'envoi définitif peut-il être obtenu? art. 129 . . . 478
443. — Caractère et effet de l'envoi définitif 479

Pages.

444. — Droits de l'absent à son retour, art. 132 480
445. — Cessation de l'absence ; droits des héritiers et descendants de l'absent, art. 133 482

SECTION II. — *Des effets de l'absence relativement aux droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent.*

446. — Indication des droits éventuels pouvant compéter à l'absent. 484
447. — De la preuve en cette matière, art. 135 485
448. — De la transmissibilité ou dévolution des droits dont s'agit, art. 136 487
449. — Comment l'existence d'une personne peut-elle n'être pas reconnue 488
450. — Des actions en pétition d'hérédité et autres pouvant compéter à l'absent ou à ses représentants, art. 137. 489
451. — Comparaison entre les envoyés en possession et ceux qui recueillent des droits à défaut de l'absent, art. 138. . . 490
452. — Rapports de l'absent avec ceux qui ont traité avec les propriétaires apparents. 491
453. — Si l'absent reparait, l'héritier apparent pourrait-il être considéré comme ayant eu mandat d'aliéner 493
454. — Solution négative. 494

SECTION III. — *Des effets de l'absence relativement au mariage.*

455. — L'absent a seul le droit d'attaquer le second mariage contracté par son conjoint, art. 139 495
456. — *Quid* si l'absent étant de retour reste dans l'inaction . . . 496
457. — Un étranger pourrait-il invoquer son statut personnel pour contracter un second mariage en France en cas d'absence de son conjoint 499
458. — Droit de l'époux présent à défaut d'héritiers de l'absent, art. 140 499

CHAPITRE IV.

DE LA SURVEILLANCE DES ENFANTS MINEURS DU PÈRE QUI A DISPARU.

459. — Droits et devoirs de la mère en cas de disparition du père, art. 141 501
460. — 1° Quant à la personne des enfants. 502
461. — 2° Quant à leurs biens 502
462. — Droits et devoirs de la famille quand la mère était déjà décédée, art. 142 503
463. — Enfants d'un précédent mariage, art. 143 504
464. — Enfants naturels ; mineurs émancipés. 504
465. — Enfants qui n'étaient pas sous la surveillance du parent qui a disparu. 504
466. — Enfants étrangers. 505

Pages.

APPENDICE.

DE L'ABSENCE DES MILITAIRES.

467. — Loi du 11 ventôse an II concernant les successions ouvertes au profit des absents militaires 506
468. — Loi du 6 brumaire an V. 508
469. — Loi du 13 janvier 1817 508
470. — Loi des 9-12 août 1871 511

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

ERRATUM

AU TOME PREMIER.

Page 223, *n°* 231. — Le n° 231 doit être transporté après le 2e alinéa du n° 228 (p. 221) qui précède, auquel il appartient, et doit être rétabli de la manière suivante :

« Ceux qui se trouvent dans cette situation n'ont pu répudier la « qualité de Français que, si, dans l'année qui suit leur majorité, « telle qu'elle est fixée par la loi française, ils ont réclamé la qualité « d'étranger par une déclaration faite soit devant l'autorité munici- « pale du lieu de leur résidence, soit devant les agents diplomatiques « ou consulaires de France à l'étranger.

« Cette déclaration est irrévocable, etc... »

JAN 0 5 2001

Réseau de bibliothèques
Université d'Ottawa
Échéance

Library Network
University of Ottawa
Date Due